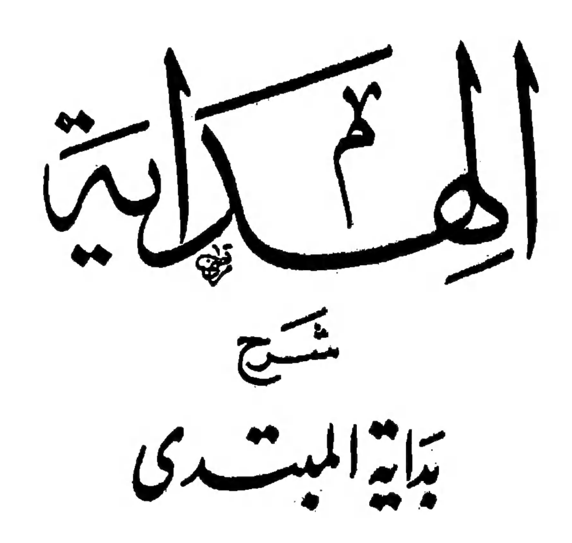


شرح

بداية المبتدي

للامام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٩٣ھ

مع شرح اللكنوي

العلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٤ھ



اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخريج أحاديثه من نصب الراية والدراية

نعيم أشرف نور أحمد

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧-دى ٥ گاردن ايست ٥ كراتشي ٥ پاكستان

الطبعة الأولى: .... ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: .... بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: .... فهيم أشرف نور

من منشورات
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية
D/ ٤٣٧ گارڈن ایست کراتشي ٥ - باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:
المكتبة الإمدادية .... باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان .... السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد .... الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات .... انار كلي لاهور - باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجنايات [١]

قال[٢]: القتل على خمسة أوجه[٣]: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجرى مجرى الخطأ، والقتل بسبب، والمرادُ بيان قتل[٤] تتعلق به الأحكام[٥].

قال[٦]: فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح[٧] أو ما أجرى مجرى السلاح[٨] كالمحدد من الخشب، وليطة[٩] القصب والمروة المحددة[١٠] والنار[١١]؛ لأن العمد هو القصد[١٢]، ولا يوقف عليه إلا بدليله، وهو استعمال الآلة القاتلة، فكان متعمداً فيه عند ذلك. وموجب ذلك المأثم؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل[١٣] مؤمنًا متعمداً فجزاءه جهنم[١٤]﴾ الآية، وقد نطق به[١٥] غير واحد[١٦] من السنة*، وعليه انعقد إجماع

(١) قوله: "كتاب الجنايات" ذكر الجنايات عقيب الرهن؛ لأن الرهن لصيانة المال، وحكم الجناية لصيانة الأنفس، والمال وسيلة النفس، فكان مقدماً عليها، والجناية في اللغة اسم لما يجنيه أي يكتسبه من الشر، تسمية للمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام، إلا أنه في الشرع خص بفعل يحرم شرعًا، حل بالنفوس والأطراف، والأول: يسمي قتلا، وهو فعل من العبد يزول [illegible] الحياة، والثاني: يسمى قطعًا، وجرحًا، وسببها سبب الحدود، وشرطها كون المحل حيوانًا. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) حصراً استقرائيًا.

(٤) قوله: "والمراد إلخ" الظاهر أن شيئًا من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب، والأنواع المباحة من القتل، كقتل الحربي، والقتل قصاصاً، والقتل صلبا لقطع الطريق خارجة من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة لا من نفس الأوجه الخمسة. فمراد المصنف بقوله: والمراد بيان إلخ، هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في تلك الجنايات إنما هو أحوال القتل بغير حق، إذ هو الذي يكون من الجنايات، ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل، وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك. (نت)

(٥) من قصاص ودية وكفارة وحرمان الميراث. (ع)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) متخذ من الحديد نحو السيف والسكين.

(٨) أي في البضع وتفريق الأجزاء. (ك)

(٩) قشر. پوست نی. (ص)

(١٠) هي حجرة بيضاء براقة. (ص)

(١١) قوله: "والنار" فإنها تعمل عمل الحديد في الذكاة، حتى إنها إذا وضعت في المذبح، فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة، وسال بها الدم حل، فإن انحسم ولم يسل الدم لا يحل. (ك)

(١٢) قوله: "لأن العمد إلخ" أي أما اشتراط السلاح أو ما يجرى مجرى السلاح، فلأن العمد هو القصد، وهو فعل القلب لا يوقف عليه، إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالبًا مقامه تيسيرا، كما أقيم السفر مقام المشقة. (ت)

(١٣) قوله: "ومن يقتل إلخ" الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها، إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي عمداً أيضاً، بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظراً إلى التكليف، أو الدية. (نت)

(١٤) خالداً فيها أي ماكثًا فيها مكثًا طويلًا.

الأمة. قال: والقود[١] لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى[٢]﴾ إلا أنه[٣] تقيد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام: «العمد[٤] قَوَد[٥]»* أى موجبه، ولأن الجناية بها تتكامل، وحكمة الزجر[٦] عليها تتوفر، والعقوبة[٧] المتناهية لا شرع لها دون ذلك.

قال[٨]: إلا أن يعفو الأولياء، أو يصالحوا؛ لأن الحق لهم، ثم هو[٩] واجب عينًا، وليس للولى أخذ الدية إلا برضا القاتل، وهو أحد قولى الشافعى[١٠]، إلا أن له حق العدول[١١] إلى المال من غير مرضاة القاتل؛ لأنه تعين مدفعًا للهلاك[١٢]، فيجوز

---

(١٥) أى بالإثم فى القتل العمد. (ت)

(١٦) أى كثير من السنة. (ن)

* انظرفى نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت "كتاب الجنايات"، و فى الدراية ج٢ص٢٥٩، الحديث١٠٠٤. (نعيم)

(١) قوله: "والقود" يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم، أى موجب القتل العمد الإثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا؛ لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ، لكنه تقيد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام ... إلخ (ع)

(٢) جمع قتيل.

(٣) أى قوله تعالى.

(٤) قوله: "العمد [وهذا يدل على نفى ما عداه؛ لأنه وقع فى مقام البيان]" قلت: روى من حديث ابن عباس، رواه ابن أبى شيبة. (ت)

(٥) هذا الحديث مشهور.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢٧، والدراية ج٢ص٢٦٠، الحديث١٠٠٥. (نعيم)

(٦) إضافة بيانية.

(٧) قوله: "والعقوبة [القصاص] المتناهية لا شرع لها دون ذلك" من تتمة ما قبله، والمجموع حجة واحدة، ولفظ ذلك فى قوله دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح، أو إلى تعرف حكمة الزجر، كما هو الأظهر والأقرب، فيفيد مجموع المقدمات أن العقوبة التى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد.
ثم أقول: بقى فى كلام المصنف شيء، وهو أن قول المصنف، ولأن الجناية تتكامل إلخ، راجع إلى القياس، وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس، وهو غير جائز، كما عرف فى علم الأصول. (نت)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى القود.

(١٠) قوله: "وهو [أى تعين القود] أحد قولى الشافعى إلخ" فعلى هذا إذا عفى الولى عن القصاص يسقط حق الولى، وكذا إذا مات القاتل يسقط حق الولى، وفى قوله الآخر: الواجب أحدهما لا بعينه، ويتعين باختياره، فعلى هذا لو عفا الولى عن القصاص كان له المطالبة بالدية، وكذلك إذا مات كان له حق استيفاء الدية؛ لكونها موجبًا أصليًا. (ك)

(١١) عند الشافعى.

(١٢) قوله: "للهلاك" كمن أصابته مخمصة، فبذل له إنسان طعامًا بثمن المثل لزمه الشراء؛ لأنه ملك ما يجيء به نفسه بعوض يعد له. (ك)

بدون رضاه[١]، وفى قول الواجب أحدهما[٢] لا بعينه، ويتعين باختياره؛ لأن حق العبد شرع جابراً[٣]، وفى كل واحد نوع جبر[٤]، فيتخير.

ولنا ما تلونا[٥] من الكتاب وروينا من السنة، و لأن المال لا يصلح موجبًا لعدم المماثلة[٦]، والقصاص يصلح للتماثل، وفيه مصلحة الأحياء زجرًا وجبراً[٧] فيتعين. وفى الخطأ[٨] وجوب المال[٩] ضرورة صون الدم عن الإهدار، ولا يتيقن[١٠] بعدم قصد الولى بعد أخذ المال[١١]، فلا يتعين مدفعًا للهلاك، ولا كفارة فيه عندنا[١٢].

---

(١) لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن.

(٢) القود والدية.

(٣) لحاجة العبد إلى الجبر حين تحقق نقصان فى حقه. (ك)

(٤) قوله: "نوع جبر" أى لحق المقتول فيما فات عليه، فإن المقتول منتفع بالدية من حيث قضاء ديونه، وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه أو لحق الولى؛ لأنه ينتفع به الولى الذى قام مقامه، وفى القصاص نو ع جبر أيضًا على ما سيأتى. (مل)

(٥) قوله: "ولنا ما تلونا" من قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾، ووجه التمسك أن الله تعالى ذكر فى الخطأ الدية، فتعين أن يكون القصاص المذكور فيما هو ضد الخطأ، وهو العمد متعينًا للعمد، لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالرائ. ووجه التمسك بالسنة أن اللام فى قوله: العمد للجنس، إذ لا معهود ينصرف إليه، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك، فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص. (عناية)

(٦) قوله: "ولأن المال لا يصلح" هذا لأنه لا مماثلة بين الآدمى والمال لا صورةً، ولا معنًى، فالآدمى خلق لتحمل أمانة الله تعالى والاشتغال بعبادته، والمال خلق لإقامة مصالحه هو مملوك الأدمى، والآدمى مالكه، فأنى يتشابهان، وإنما التماثل فى القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل. (كفاية)

(٧) قوله: "زجراً [للغيرعن وقوعه فيه] وجبراً [للورثة]" فأما زجرا فإن من قصد قتل عدوه، فإذا تفكر فى عاقبة أمره أنه إذا قتل قتل به انزجر عن قتله، فكان حياة لهما، أى إبقاء لهما على الحياة، وأما جبراً فلأنه إذا قتل به سلم حياة الأولياء، فإن القاتل يصير حربًا على أولياء القتيل خوفًا على نفسه منهم، فهو يقصد أفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه، فالشرع مكنهم من قتله قصاصًا دفعًا لشره عن أنفسهم، وإحياء الحى فى دفع سبب الهلاك عنه، ولما كان فيه حياة من الوجه الذى قلنا صلح جابراً؛ لأن الفائت بالقتل حياة، والحاصل بالقصاص حياة مثل الأول. (ك)

(٨) قوله: "وفى الخطأ إلخ" أى إنما وجبت الدية فى الخطأ، بخلاف القياس؛ لأن القتل أعظم العقوبات، والخاطئ معذور، فيتعذر إيجاب المال عليه، ونفس المقتول محرمة لا يسقط حرمتها بعذر الخطأ، فوجب المال صيانة للدم عن الهدر منه على القاتل، بأن سلمت له نفسه، وللقتيل بأن لم يهدر دمه، وشرع المال عند عدم الإمكان لا يدل على شرعه عند الإمكان. (ك)

(٩) أى الدية.

(١٠) قوله: "ولا يتيقن إلخ" جواب عن قول الشافعى؛ لأنه تعين مدفعًا للهلاك، يعنى لا يتيقن بأن لا يقصد الولى قتل القاتل بعد ما أخذ الدية، يعنى يجوز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه، ثم يقتله. قيل: هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا، وقد جاز، وأجيب: بأن فى الصلح المراضاة، والقتل بعد ه ظاهر العدم. (مل)

(١١) الدية.

(١٢) أى فى العمد سواء كان عمداً يجب فيه القصاص أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه. (ع)

وعند الشافعي تجب؛ لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس[١] منها[٢] إليه[٣] في الخطأ، فكان[٤] أدعى إلى إيجابها[٥]. ولنا أنه كبيرة محضة[٦]، وفي الكفارة معنى العبادة، فلا تناط[٧] بمثلها[٨]، ولأن الكفارة[٩] من المقادير[١٠]، وتعينها في الشرع لدفع الأدنى[١١] لا يعينها لدفع الأعلى[١٢]، ومن حكمه حرمان الميراث؛ لقوله عليه السلام[١٣]: «لا ميراث لقاتل»*.

قال[١٤]: وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب[١٥] بما ليس بسلاح[١٦]،

(١) قوله: "أمس" وذلك لأن الكفارة شرعت ماحية للإثم، والإثم في العمد أكبر، فكان أدعى إلي إيجاب الكفارة. (ك)

(٢) حاجة.

(٣) أي إلى التكفير.

(٤) العمد.

(٥) الكفارة.

(٦) قوله: "ولنا أنه [العمد] كبيرة محضة [أي حرام ليس فيه شبهة الإباحة]" وما هو كذلك لا يكون سبباً لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك. (ع)

(٧) قوله: "فلا تناط [الكفارة، نوط بالفتح: درآويختن. م] إلخ" لأن الحكم نتيجة السبب، فيراعى التناسب بينهما، فلا يجب إلا بسبب دائر بين الحظر والإباحة كالخطاء، فإنه بالنظر إلى أصل الفعل مباح.
وبالنظر إلى المحل الذى أصابه محظور، والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة، فتجب بمثله، ولا تجب بالقتل العمد لأنه محظور محض كما لا تجب بالمباح المحض، وهو القتل بحق كالقصاص، وإنما يجب بسبب دائر بين العبادة والعقوبة لتنسب العقوبة إلى جانب الحظر والعبادة إلى جانب الإباحة. (ك)

(٨) أي بمثل هذه الكبيرة.

(٩) قوله: "ولأن الكفارة إلخ" جواب عن قياس الشافعي حيث قاس وجوب الكفارة في العمد علي وجوب الكفارة في الخطأ. (ن)

(١٠) أي مقادير الشرع.

(١١) في الخطاء، أي الذنب الأدنى.

(١٢) أي الذنب الأعلى، في العمد.

(١٣) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: أخرجه الترمذي في الفرائض عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «القاتل لا يرث».

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢٨، والدراية ج٢ ص٢٦٠، الحديث ١٠٠٦. (نعيم)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

(١٥) قوله: "وشبه العمد" سمّى به؛ لأن في هذا الفعل معنيين معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر إلى الآلة التي استعملها، إذ هي آلة الضرب للتأديب دون القتل، وإنما يقصد إلى كل فعل بآلته، فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث إنه كان قاصداً إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه. (ك)

(١٦) قوله: "بما ليس بسلاح [أي بما ليس بموضوع للقتل كحجر الرحى ومثله. ك] إلخ" سواء كان الهلاك به

ولا ما أجرى مجرى السلاح[١] .

وقال أبو يوسف ومحمد، وهو قول الشافعي : إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة، فهو عمد، وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبًا[٢] ؛ لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبًا ؛ لما أنه يقصد بها[٣] غيره[٤] كالتأديب ونحوه، فكان[٥] شبه العمد، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث ؛ لأنه لا يقصد به[٦] إلا القتل كالسيف، فكان[٧] عمدًا موجبًا للقود

وله قوله عليه السلام[٨] : «ألا إن قتيل[٩] خطأ[١٠] العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل»*، ولأن الآلة غير موضوعة للقتل[١١]، ولا مستعملة فيه[١٢]، إذ لا يمكن[١٣] استعمالها على غرة[١٤] من المقصود[١٥] قتله، وبه يحصل القتل

غالبًا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقه القصار، أو لم يكن كالعصا الصغير. (ع)

(١) في تفريق الأجزاء.

(٢) قوله: "بما لا يقتل به غالبًا" كالعصا الصغيرة، إذا لم يوال في الضربات، فأما إذا والى فهو عمد. (ع)

(٣) أي بالآلة الصغيرة.

(٤) قتل.

(٥) أي القتل بالآلة الصغيرة.

(٦) أي باستعمال آلة لا تلبث.

(٧) أي القتل بآلة لا تلبث.

(٨) قوله: "وله قوله عليه السلام: «ألا إن...» إلخ" رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في الديات عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «قتيل السوط والعصا شبه عمد فيه مائة من الإبل». (ت)

(٩) قوله: "ألا إن قتيل إلخ" وجه الاستدلال أنه عليه السلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقًا شبه عمد، فتخصيصه بالصغيرة إبطال الإطلاق، وهو لا يجوز. (عناية)

(١٠) شبه العمد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٣١، والدراية ج٢ص ٢٦١، الحديث ١٠٠٧. (نعيم)

(١١) قوله: "ولأن الآلة إلخ" أي لأن العصا الصغيرة والكبيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له، إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرته يحصل القتل غالبًا، وإذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة. (عناية)

(١٢) لأن خزائن أسلحة الملوك إنما يكون من الحديد. (كافي)

(١٣) قوله: "لا يمكن" يعني أن استعمال آلة القتل غالبًا إنما يكون إذا كان المقتول غافلا عن أنه يقتل كاستعمال السكين والسيف، وههنا لا يمكن استعمال هذه الآلة على غفلة من المقتول؛ لاحتياج القتل ههنا إلى توالي الضربات، فلم يكن هذا الاستعمال استعمالا في القتل.

(١٤) غفلت، غرة -بالكسر وتشديد راء- فريفتگى. (م)

(١٥) أي من الذي قصد قتله.

غالبًا[١]، فقصرت العمدية نظرًا إلى الآلة، فكان شبه العمد[٢] كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة.

قال[٣]: وموجب ذلك[٤] على القولين[٥] الإثم؛ لأنه قتل وهو[٦] قاصد في الضرب. والكفارة؛ لشبهه بالخطاء[٧]، والدية مغلظة على العاقلة، والأصل[٨] أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى[٩] يحدث من بعد[١٠]، فهي على العاقلة اعتبارًا بالخطأ، وتجب[١١] في ثلاث سنين؛ لقضية عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه[١٢]، وتجب[١٣] مغلظة، وسنبين[١٤] صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى.

ويتعلق به[١٥] حرمان الميراث؛ لأنه جزاء القتل[١٦]، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث، ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد[١٧]، فالحجة عليه ما أسلفناه[١٨].

---

(١) قوله: "وبه يحصل القتل غالبًا" أي بالاستعمال على غرة من المقصود بالقتل، يحصل القتل غالبًا، ولا يحصل ذلك إلا بآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين. (ك)

(٢) أي القتل بالحجر العظيم والخشبة العظيمة.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي شبه العمد.

(٥) يعني قول أبي حنيفة وقولهما.

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "لشبهه بالخطأ" أي نظرًا للآلة، فدخل تحت قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنًا خطأ﴾ الآية. (ك)

(٨) أي الأمر الكلي.

(٩) قوله: "ابتداء لا بمعنى إلخ" احترز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح في القتل العمد وعن دية وجبت على الوالد بقتل ولده عمدًا؛ لأنها لم تجب ابتداء؛ لأن الواجب فيه ابتداء القصاص، إلا أنه يسقط بعلة الأبوة، فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر. (ك)

(١٠) أي من بعد القتل.

(١١) الدية.

(١٢) قوله: "لقضية عمر بن الخطاب [رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". ت]" فإنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروي عنه كالمروي عنه ﷺ؛ لأنه مما لا يعرف بالرأي. (ع)

(١٣) الدية.

(١٤) في كتاب الديات.

(١٥) أي بشبه العمد.

(١٦) إذا كان القتل مباشرة وقد وجد.

(١٧) قوله: "ومالك وإن [الواو وصلية] أنكر إلخ" قال مالك: لا أدري ما شبه العمد، وإنما القتل نوعان: عمد وخطأ، إذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال، كذا في هذا الفعل. (ك)

قال[1]: والخطأ على نوعين[2]: خطأ في القصد[3]: وهو أن يرمي شخصًا يظنه صيدًا، فإذا هو آدمي، أو يظنه حربيًا، فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل[4]: وهو أن يرمي غرضًا[5]، فيصيب آدميًا، وموجب ذلك[6] الكفارة والدية على العاقلة؛ لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ الآية، وهي[7] على عاقلته في ثلاث سنين؛ لما بيناه[8]. ولا إثم فيه[9]، يعني في الوجهين[10]، قالوا: المراد إثم القتل[11]، فأما في نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت[12] في حال الرمي، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى[13].

ويحرم عن الميراث؛ لأن فيه[14] إثمًا، فيصح[15] تعليق الحرمان به، بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعًا من جسده[16] فأخطأ، فأصاب موضعًا آخر[17]، فمات

---

(١٨) قوله: "فالحجة عليه ما أسلفناه" قيل: أراد قوله عليه السلام: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» الحديث، ولكن المعهود من المصنف في مثله أنه يقول ما روينا، والحق أن يقال: إنما قال: ما أسلفنا نظرًا إلى الحديث والمعنى المعقول. (عناية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "والخطأ على نوعين" إنما انحصر على هذين النوعين؛ لأن رميه السهم إلى شيء معين بالقصد إليه مشتمل على فعلين، فعل القلب، وهو القصد، وفعل الجارحة، وهو الرمي، فلو اتصل بالخطأ بالفعل الأول كان هو النوع الأول، ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني، فلما انحصر فعل الرمي على هذين الفعلين، انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي أيضًا على هذين النوعين ضرورة. (ك)

(٣) أي في قصد الفاعل وظنه.

(٤) أي في نفس الفعل لا في ظنه.

(٥) قوله: "غرضا [نشانه]" بمعجمتين بينهما راء متحركة: وهو الهدف الذي يرمى إليه. (رد المحتار)

(٦) الخطأ.

(٧) دية.

(٨) أي من قضية عمر رضي الله تعالى عنه. (ك)

(٩) لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان». (ع)

(١٠) أي في النوعين. (ع)

(١١) قوله: "المراد إثم القتل" أي إثم قصد القتل، فأما في نفسه، أي فأما القتل في نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت، وهذا الإثم إثم القتل؛ لأن نفس ترك المبالغة في التثبت ليس بإثم، وإنما يصير به إثمًا إذا اتصل به القتل، فيصير الكفارة لذنب القتل، وإن لم يكن فيه إثم قصد القتل. (ك)

(١٢) احتياط.

(١٣) أي ترك العزيمة إلخ.

(١٤) أي في الخطأ.

(١٥) فإن الحرمان تجب من أنواع القتل فيما هو جناية على المورث، بدليل وجوب الكفارة. (ع)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا تعمد إلخ" متصل بقوله، وموجب ذلك الكفارة والدية، وصورة ذلك: رجل تعمد أن

حيث يجب القصاص؛ لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه، وجميع البدن كالمحل الواحد.

قال[١]: وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل[٢] فيقتله[٣]، فحكمه حكم الخطأ في الشرع[٤]، وأما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه، وموجبه[٥] إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة؛ لأنه سبب التلف، وهو[٦] متعدٍّ فيه، فأنزل موقعًا[٧] دافعًا[٨]، فوجبت الدية.

ولا كفارة فيه[٩]، ولا يتعلق به حرمان الميراث، وقال الشافعي: يلحق[١٠] بالخطأ في أحكامه؛ لأن الشرع أنزله قاتلا[١١]. ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة[١٢]، فألحق[١٣] به في حق الضمان، فبقي في حق غيره على الأصل[١٤]، وهو إن كان يأثم بالحفر[١٥] في غير ملكه، لا يأثم بالموت[١٦] على ما قالوا، وهذه[١٧] كفارة ذنب

يضرب يد رجل فأخطأ، فأصاب عنقه فقتله، فهو عمد فيه القود، ولو أراد يد رجل، فأصاب عنق غيره وأبانه، فهو خطأ. (ع)

(١٧) من ذلك الرجل، لا من غيره.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "مثل النائم إلخ" لأن هذا ليس بخطأ حقيقة؛ لعدم قصد النائم إلى شيء حتى يصير مخطئًا لمقصوده، ولما وجد فعله حقيقةً وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل، فيجعل كالخطأ؛ لأنه معذور كالمخطئ. (زيلعي)

(٣) بثقله.

(٤) قوله: "فحكمه حكم الخطأ في الشرع" لكنه دون الخطأ حقيقةً، فإنه ليس من أهل القصد أصلا، وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلا، والكفارة في قتل الخطأ إنما يجب لترك التحرز أيضًا، وحرمان الميراث لمباشرته القتل، ويتوهم أن يكون متناوما، ولم يكن نائما قصداً منه إلى استعجال الإرث. (ك)

(٥) أي موجب القتل بسبب.

(٦) أي الحافر والواضع.

(٧) هذا بالنسبة إلى حافر البير.

(٨) هذا بالنسبة إلى واضع الحجر.

(٩) لعدم الإثم ههنا.

(١٠) أي القتل بالسبب.

(١١) أي جعل المسبب كالمباشر في حق الضمان، فكذا في الكفارة والحرمان.

(١٢) قوله: "معدوم منه حقيقةً" لأن مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول، ولم يوجد، وإنما اتصل فعله بالأرض. (ك)

(١٣) التسبيب، صيانةً للدم عن الهدر.

(١٤) أي في حق الكفارة وحرمان الميراث.

(١٥) قوله: "وهو [سبب] إن كان إلخ" يعني فإن قيل: الحافر في غير ملكه يأثم من القتل، فيصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ، أجاب بقوله: وهو إن كان يأثم إلخ، يعني إن الإثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به، وما

القتل، وكذا الحرمان بسببه.

وما يكون شبه عمد في النفس، فهو عمد فيما سواها[١]؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة[٢] وما دونها[٣] لا يختص إتلافه بآلة دون آلة[٤]، والله أعلم.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه[٥]

قال[٦]: القصاص واجب بقتل كل محقون الدم[٧] على التأبيد[٨] إذا قتل عمداً، أما العمدية فلما بيناه[٩].

وأما حقن الدم على التأبيد، فلتنتفي[١٠] شبهة الإباحة[١١]، وتتحقق المساواة[١٢]، قال[١٣]: ويقتل الحر بالحر، والحر بالعبد للعمومات[١٤].

ذكرتم ليس كذلك، فإن إثمه إثم الحفر، لا الموت. (ف)

(١٦) أي بموت الرجل.

(١٧) أي كفارة القتل.

(١) قوله: "فهو عمد فيما سواها [فيوجب القصاص]" يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد، إنما هو عمد، أو خطأ. (ف)

(٢) قوله: "يختلف [فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح أو ما أجرى مجراها. ع] إلخ" وذلك لأن القتل إزهاق الروح، وهي غير محسوسة، ليقصد أخذها، فيستدل عليه بالآلة، فيختلف باختلاف الآلة، فأما ما دون النفس، فإتلافه بالجرح، وهو فعل محسوس، فلا يحتاج في تحققه إلى الاستدلال بالآلة، فلا يختلف باختلاف الآلة. (ك)

(٣) نفس.

(٤) ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة. (ف)

(٥) قوله: "باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه" لما فرغ من بيان أقسام القتل، وكان من جملتها العمد، وهو قد يوجب القصاص، وقد لا يوجبه، احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة. (ف)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) محفوظ، ذمي أو مسلم.

(٨) قوله: "على التأبيد" احتراز عن المستأمن، فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص. (ف)

(٩) أي من الكتاب ومن السنة والمعقول في مبدأ كتاب الجنايات. (ك)

(١٠) قوله: "فلتنتفي إلخ" فإن عدم التأبيد يورث شبهة الإباحة، كما في الحربي المستأمن، ولا يقال: بأن من أسلم في دار الحرب، فقد صار محقون الدم على التأبيد، ومع هذا لا يقتص من قاتله؛ لأن كمال الحقن لم يوجد في حقه؛ لأن كماله بالعصمة المقومة والمؤثمة، وبالإسلام حصلت له المؤثمة دون المقومة؛ إذ المقومة تحصل بدار الإسلام. (ك)

(١١) أي إباحة الدم.

(١٢) قوله: "وتتحقق المساواة" يعني يجب أن يكون الذي قتل أولا محقون الدم على التأبيد، حتى يقتل بمقابلته القاتل الذي هو محقون الدم على التأبيد؛ ليتحقق المساواة. (نهاية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "للعمومات" يريد به مثل قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾، وقوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾، وقوله عليه السلام: «القود العمد».

وقال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد؛ لقوله تعالى: ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾، ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد[١]؛ ولأن مبنى القصاص على المساواة[٢]، وهي منتفية بين المالك[٣] والمملوك[٤]، ولهذا[٥] لا يقطع طرف الحر بطرفه[٦]، بخلاف العبد بالعبد؛ لأنهما يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر[٧]؛ لأنه تفاوت[٨] إلى نقصان.

ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة[٩]، وهي بالدين[١٠]، أو بالدار[١١]، ويستويان[١٢] فيهما[١٣]، وجريان القصاص[١٤] بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة[١٥]، والنص تخصيص بالذكر[١٦]، فلا ينفي ما عداه[١٧].

---

(١) قوله: "أن لا يقتل إلخ" لأن قوله الحر بالحر وقع تفسيرا لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ والمعتبر هو التفسير؛ ولأن هذا يقتضي مقابلة جنس الأحرار بجنس الأحرار في حكم القصاص، فمن قال بقتل الحر بالعبد، لا يكون جنس الأحرار مقابلا بجنس الأحرار قصاصاً، بل يكون بعضهم مقابلا بالبعض. (ك)

(٢) قوله: "ولأن مبنى إلخ" يعني أن القصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بين الحر والعبد؛ لأن العبد مملوك، والحر مالك، والمالكية أمارة القدرة، والمملوكية سمة العجز، ولا مساواة بين القادر والعاجز. (ك)

(٣) الحر.

(٤) العبد.

(٥) أي لعدم المساواة.

(٦) قوله: "لا يقطع إلخ" أي لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع أن حرمة الطرف دون حرمة النفس، والأطراف تابعة للنفوس، فلأن لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس أولى. (كفاية)

(٧) قوله: "حيث يقتل [بدلالة قوله الحر بالحر؛ لأنه لما اقتص الكامل بالكامل يقتص القاصر بالكامل بالطريق الأولى]" أي العبد بالحر؛ لأن ذلك إنما يثبت بدلالة نص قوله تعالى: ﴿والعبد بالعبد﴾ فإن العبد إذا قتل بالعبد، فأولى أن يقتل بالحر؛ لأن الحر أقوى حالا، وأعلى رتبةً من العبد. (ك)

(٨) من المساواة.

(٩) أي عصمة الدم، أي لا غير، ولهذا يقتل العاقل بالمجنون والعالم بالجاهل. (ك)

(١٠) يعني عنده.

(١١) أي عندنا.

(١٢) الحر والعبد، فيجري القصاص بينهما. (عناية)

(١٣) أي في الدين والدار.

(١٤) قوله: "وجريان القصاص إلخ" فإن قيل: جاز أن يكون شبهة الإباحة مانعة، وهي ثابتة؛ لأن الرق أثر الكفر، وحقيقة الكفر تمنع من القصاص، كما بين المسلم والمستأمن، فكذا أثره، أجاب بقوله: وجريان القصاص، ومعناه أنه لا يصلح ذلك مانعاً؛ إذ لو صلح لما جرى بين العبدين، كما لا يجري بين المستأمنين، وليس كذلك. (عناية)

(١٥) أي إباحة الدم.

(١٦) قوله: "والنص [جواب عما استدل به من المقابلة في الآية] تخصيص إلخ" يعني أنه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد؛ لأن فيه ذكر بعض ما يشمله العموم على موافقة حكمه، فلا يوجب تخصيص ما بقي. (كفاية)

قال[١]: والمسلم بالذمى، خلافًا للشافعى، له قوله عليه السلام[٢]: «لا يقتل مؤمن بكافر»*، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية[٣]، وكذا الكفر مبيح،[٤] فيورث الشبهة[٥]. ولنا ما روى[٦] أن النبى عليه الصلاة والسلام قتل مسلمًا بذمى**، ولأن المساواة فى العصمة ثابتة[٧] نظرًا إلى التكليف أو الدار، والمبيح كفر المحارب[٨] دون المسالم[٩]، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة[١٠]، والمراد بما روى[١١] الحربي لسياقه[١٢]، ولا ذو عهد فى عهده، والعطف للمغايرة[١٣].

قال: ولا يقتل[١٤] بالمستأمن؛ لأنه غير محقون الدم على التأبيد، وكذلك كفره

(١٧) قوله: "فلا ينفى ما عداه" ولم يذكر الجواب عن الأطراف، وقد أجيب: بأن القصاص فى الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان، فإنه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء، ولا مساواة بينهما فى ذلك؛ لأن الرق ثابت فى أجزاء الجسم، بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها فى العصمة، وقد تساويا فيها على ما مر. (ع)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أخرجه أبو داود عن على. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٣٤، والدراية ج٢ ص٢٦٢، الحديث ١٠٠٨. (نعيم)

(٣) قوله: "لأنه لا مساواة إلخ" يعنى أن القصاص يعتمد المساواة فى وقت الجناية، ولا مساواة بينهما فيه، وإنما قيد بوقت الجناية؛ لأن القاتل إذا كان ذميا وقت القتل، ثم أسلم، فإنه يقتص منه بالإجماع. (ع)

(٤) قوله: "وكذا الكفر مبيح" أى لدمه؛ لقوله تعالى: ﴿قاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ أى فتنة الكفر. (عناية)

(٥) أى شبهة عدم المساواة.

(٦) أخرجه الدار قطنى فى "سننه" عن ابن عمر. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٣٥، والدراية ج٢ ص٢٦٢، الحديث ١٠٠٩. (نعيم)

(٧) قوله: "ولأن المساواة إلخ" يعنى أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة، وهى ثابتة نظرًا إلى التكليف يعنى عنده، أو الدار يعنى عندنا. (عناية)

(٨) قوله: "والمبيح إلخ" جواب عن قوله: وكذا الكفر مبيح، وتقريره: إنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح، بل المبيح كفر المحارب، قال الله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾. (عناية)

(٩) الذمى.

(١٠) قوله: "والقتل بمثله" أى قتل الذمى بالذمى دليل على أن كفر الذمى لا يورث شبهة إباحة القتل، إذ لو أورث شبهة، لما جرى القصاص بين الذميين، كما لا يجرى بين الحربيين. (كفاية)

(١١) قوله: "والمراد بما روى [الشافعى] إلخ" أى قوله عليه السلام: «لا يقتل المؤمن بكافر» المراد منه الكافر الحربى المستأمن، بدليل قوله ولا ذو عهد فى عهده، وهذا معطوف على المسلم، أى ولا يقتل ذو عهد بكافر، وإنما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى، فلو كان المراد به الذمى، لما صح عدم جريان القصاص بين الذميين، فإن قيل: جاز أن يراد بذى العهد المسلم، قلنا: العطف يقتضى المغايرة. (ك)

(١٢) حديث.

(١٣) لأن المعطوف تكون مغايرا للمعطوف عليه.

(١٤) المسلم.

باعث على الحراب؛ لأنه على قصد الرجوع[١] ولا يقتل الذمى بالمستأمن؛ لما بينا[٢].

ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسًا للمساواة، ولا يقتل استحسانًا لقيام المبيح[٣]،

ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن[٤] وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات، ولأن فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة[٥] امتناع القصاص[٦]، وظهور التقاتل والتفاني.

قال[٧]: ولا يقتل الرجل بابنه[٨]؛ لقوله عليه السلام[٩]: «لا يقاد الوالد بولده»*، وهو بإطلاقه حجة على مالك فى قوله: يقاد إذا ذبحه ذبحًا[١٠]، ولأنه[١١] سبب لإحيائه[١٢]، فمن المحال أن يستحق له[١٣] إفناءه[١٤]، ولهذا لا يجوز له[١٥] قتله[١٦]، وإن[١٧] وجده[١٨] فى صف الأعداء مقاتلا أو زانيًا[١٩]، وهو[٢٠]

---

(١) إلى داره.

(٢) إشارة إلى أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد. (ع)

(٣) أى كفر المحارب.

(٤) هو من طال مرضه زمانًا. (رد المحتار)

(٥) أى عصمة الدم.

(٦) فإنه لا بد بين كل اثنين من تفاوت، فلا يتحقق التساوى.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) وإذا زنى بينته، وهو محصن فإنه يرجم؛ لأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص. (ع)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام: «لا يقاد...» [أخرجه الترمذى وابن ماجة فى الديات عن عمر ابن الخطاب. شرح نقاية] إلخ" خص به عموم الكتاب؛ لأن الكتاب مخصوص بالإجماع، فإن المولى لا يقتص بعبده، ولا بعبد ولده، فيخص به أيضًا، وذكر الإمام البزدوى أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول، فيصلح مخصصا أو ناسخا لحكم الكتاب. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٣٩، والدراية ج٢ص٢٦٤، الحديث ١٠١٠. (نعيم)

(١٠) قوله: "يقاد [الرجل بابنه] إذا ذبحه [ابن] ذبحًا" لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين، فإن فيه توهم التأديب؛ لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك، فتمكنت فيه نوع شبهة. (ع)

(١١) أب.

(١٢) ابن.

(١٣) ابن.

(١٤) أب.

(١٥) ابن.

(١٦) أب.

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) أب.

محصن. والقصاص يستحقه[١] المقتول، ثم يخلفه وارثه، والجد من قبل الرجال أو النساء، وإن[٢] علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب، أو الأم، قربت أم بعدت؛ لما بينا[٣]، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط[٤].

قال: ولا يقتل الرجل بعبده، ولا مدبره ولا مكاتبه، ولا بعبد ولده؛ لأنه لا يستوجب[٥] لنفسه على نفسه القصاص، ولا ولده[٦] عليه، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ[٧].

قال[٨]: ومن ورث قصاصًا على أبيه سقط[٩]؛ لحرمة الأبوة، قال: ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف[١٠]. وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعًا[١١]، فإن مات[١٢] وإلا تحز[١٣] رقبته؛ لأن مبنى القصاص على المساواة.

ولنا قوله عليه السلام[١٤]: «لا قود إلا بالسيف[١٥]»*، والمراد به

---

(١٩) أو وجده زانيًا.

(٢٠) أب، والواو حالية.

(١) قوله: "والقصاص إلخ" هذا جواب سوال من أن القصاص لو استوفى منه لا يكون هذا استيفاء من الوالد للولد، بل لوارث الولد، فقال: إنه يجب للمقتول أولا، ولهذا يصح عفو المجروح. (شاهان)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله لأنه سبب إلخ، فإنهم أسباب لإحياءه، فلا يجوز أن يكون سببًا لإفناءهم. (ع)

(٤) فإن الولد ما كان سببًا لإحياء الوالد.

(٥) أي لا يستحق.

(٦) قوله: "ولا ولده" عطف على الضمير المستكن في يستوجب، وجاز للفاصل أي لا يستوجب ولد على ابنه إذا قتل أبو ه عبد ولده. (ن)

(٧) فإذا سقط في البعض سقط في الكل.

(٨) [illegible] (عيني)

(٩) قوله: "ومن ورث قصاصًا إلخ" بأن قتل الأب أم ابنه مثلا، وورث الابن قصاص أمه على أبيه. (ك)

(١٠) يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى إلا بالسيف. (ع)

(١١) قوله: "إن كان فعلا مشروعًا" كما إذا قطع يد إنسان عمدًا، فمات منه يقطع يد القاتل، ويمهل مثل تلك المدة، فإن مات، وإلا فيحز رقبته، وإن حصل بطريق غير مشروع بأن سقاه خمرا حتى [illegible]، أو وطئ صغيرة، أو لاط بصبي، فمات من ذلك. اختلف أصحاب الشافعي فيه، قال بعضهم: يحز رقبته، ولا يفعل به مثل ما فعل، وقال بعضهم: يتخذ آلة من خشب مثل آلة الرجل، فيفعل به مثل ما فعل، وفي الخمر يوجر الماء حتى يموت تحقيقا للمساواة. (ك)

(١٢) بذلك الفعل المشروع. (ك)

(١٣) حز -بالفتح وتشديد زاء- بريدن. (م)

(١٤) قوله: "ولنا قوله" أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن أبي بكر عن النبي ﷺ. (شرح نقاية)

(١٥) أي لا قود يستوفى إلا بالسيف. (ك)

السلاح[١]، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة[٢] لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحزّ[٣]، فيجب التحرز عنه[٤]، كما في كسر العظم[٥].

قال[٦]: وإذا قتل المكاتب عمداً، وليس له وارث إلا المولى، وترك وفاءً، فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا أرى في هذا قصاصاً؛ لأنه اشتبه سبب الاستيفاء[٧]، فإنه الولاء إن مات حراً، والملك إن مات عبداً، وصار كمن قال لغيره: بعتني هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا.

ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين[٨]، وهو[٩] معلوم، والحكم متحد[١٠]، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم، فلا يبالى به[١١]، بخلاف تلك المسألة[١٢]؛ لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح[١٣].

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٤١، والدراية ج٢ص٢٦٥، الحديث ١٠١١. (نعيم)

(١) هكذا فهمت الصحابة. (ك)

(٢) قوله: "ولأن فيما ذهب [الشافعي] إليه إلخ" دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله: لأن مبنى القصاص على المساواة، ووجه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه؛ لأن فيما إلخ. (عناية)

(٣) الرقبة.

(٤) زيادة.

(٥) قوله: "كما في كسر العظم" أي عمداً، فإنه لا يجب القصاص أصلا إلا في السن لتوهم الزيادة، فلأن يسقط البعض منه أولى. (ك)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي استيفاء القصاص، واختلاف السبب فيما لا يثبت بالشبهات بمنزلة اختلاف المستحق.

(٨) أي الموت حراً والموت عبداً.

(٩) مولى.

(١٠) وهو استيفاء القصاص. (ك)

(١١) قوله: "فلا يبالى به [أي باختلاف السبب]" كما إذا قال المقر: لك علي ألف من ثمن بيع، وقال المقر له: لا، بل قرض يجب الألف على المقر. (ك)

(١٢) أي المستشهد بها. (ك)

(١٣) قوله: "يغاير حكم النكاح" لأن حكم ملك اليمين كون الرقبة مملوكة، وحل الاستمتاع تبع، والتبع بمنزلة المعدوم والنكاح يثبت الحل مقصوداً، فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود، والحكم بالحل من غير تعين السبب يفضي إلى المنازعة؛ لأن الحل بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن، والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر، ولا كذلك ههنا؛ لأن استيفاء القصاص على التقديرين واحد. (ك)

ولو ترك وفاءً، وله وارث غير المولى فلا قصاص، وإن[1] اجتمعوا[2] مع المولى؛ لأنه اشتبه من له الحق[3]؛ لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً، إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى موته[4] على نعت الحرية أو الرق، بخلاف الأولى[5]؛ لأن المولى متعين فيها.

وإن لم يترك وفاءً، وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعًا؛ لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة[6]، بخلاف معتَق البعض[7]، إذا مات[8] ولم يترك وفاءً؛ لأن العتق في البعض لا ينفسخ[9] بالعجز[10].

وإذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن؛ لأن المرتهن لا ملك له، فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين، فيشترط اجتماعهما؛ ليسقط حق المرتهن برضاه[11]. قال[12]: وإذا قتل ولى المعتوه[13]، فلأبيه أن يقتل؛ لأنه[14] من الولاية على النفس[15]، شرع لأمر راجع

(١) الواو وصلية.

(٢) فى الدعوى.

(٣) أى حق الاستيفاء.

(٤) قوله: "إذ ظهر الاختلاف إلخ" فإن على قول على وعبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنهم: يموت حراً، إذا أديت كتابته، فيكون استيفاء القصاص لورثته، وعلى قول زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه: يموت عبداً، واستيفاء القصاص للمولى. (ك)

(٥) أى فيما ليس له وارث إلا المولى.

(٦) بالموت عاجزاً.

(٧) قوله: "بخلاف معتَق [يعنى لا يجب القصاص. ع] البعض" حيث لا قصاص؛ لأن بعجز المكاتب ينفسخ الكتابة، وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه، فلم يثبت الملك للمولى فى الكل بموته عاجزاً. (ك)

(٨) أى عاجزاً.

(٩) فملك المولى لا يعود بموته (ف)

(١٠) أى بموته عاجزاً. (زيلعى)

(١١) قوله: "ليسقط حق المرتهن برضاه" فيه نوع إشكال، وهو أن الاستيفاء قد تم بالهلاك، فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه؟ والجواب عنه: أن الاستيفاء وإن تم بالهلاك، لكنه غير مقرر لاحتمال العود إما بالصلح، أو بدعوى الشبهة فى القتل، فيصير خطأ. (ك)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) قوله: "وإذا قتل ولى [قريبه. ك] المعتوه [هو من اختلط عقله] إلخ" إذا قتل ابن المعتوه، فلأب المعتوه، وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص، وولاية الصلح. (ك)

(١٤) أى لأن استيفاء القصاص. (ك)

(١٥) أى نفس من له القصاص.

إليها[١]، وهو تشفي الصدر، فيليه كالإنكاح[٢].

وله أن يصالح[٣]؛ لأنه[٤] أنظر في حق المعتوه، وليس له[٥] أن يعفو؛ لأن فيه[٦] إبطال حقه[٧]، وكذلك[٨] إن قطعت يد المعتوه عمداً؛ لما ذكرنا[٩].

والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل[١٠]؛ لأنه ليس له ولاية على نفسه[١١]، وهذا من قبيله[١٢]، ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس[١٣] واستيفاء القصاص في الطرف، فإنه لم يستثن[١٤] إلا القتل.

وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح[١٥]؛ لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه، فينزل منزلة الاستيفاء[١٦].

ووجه المذكور هنا[١٧] أن المقصود من الصلح المال، وأنه[١٨] يجب بعقده[١٩]،

---

(١) نفس.

(٢) قوله: "فيليه كالإنكاح" ولكن كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح، ولا يملك استيفاء القصاص، وذلك لأن القصاص شرع لتشفي الصدر، وللأب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه، فلذلك جعل التشفي الحاصل للأب كالحاصل للابن، بخلاف الأخ. (ك)

(٣) قوله: "وله [أب] أن يصالح" لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدية، أما إذا صالح على أقل من الدية، لم يجز الحط وإن قل، ويجب كمال الدية. (ك)

(٤) أب.

(٥) أب.

(٦) عفو.

(٧) معتوه.

(٨) أي الأمر إلى أبيه.

(٩) قوله: "لما ذكرنا" أراد به قوله؛لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها، وهو تشفي الصدر. (ك)

(١٠) أي القاتل.

(١١) معتوه.

(١٢) قوله: "وهذا من قبيله" أي استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس. (ك)

(١٣) قوله: "تحت هذا الإطلاق" يريد به قوله والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك. (عناية)

(١٤) محمد في "الجامع الصغير".

(١٥) قوله: "أن الوصي لا يملك الصلح" أي عن النفس على المال، أما يملك الوصي الصلح عما دون النفس على المال؛ لأنه يملك استيفاءه، فيملك صلحه على المال. (ك)

(١٦) أي استيفاء القصاص.

(١٧) أي في "الجامع الصغير".

(١٨) أي أن المال.

(١٩) الوصي.

كما يجب بعقد الأب، بخلاف القصاص؛ لأن المقصود التشفي، وهو مختص بالأب، ولا يملك العفو؛ لأن الأب لا يملكه[١]؛ لما فيه من الإبطال[٢]، فهو أولى.

وقالوا: القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف، كما لا يملكه في النفس؛ لأن المقصود متحد، وهو التشفي.

وفي الاستحسان يملكه[٣]؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، فانها[٤] خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف، فكان استيفاءه[٥] بمنزلة التصرف في المال، والصبي بمنزلة المعتوه في هذا[٦]، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح، ألا ترى أن من قتل ولا ولي له، يستوفيه[٧] السلطان، والقاضي بمنزلته[٨] فيه[٩].

قال[١٠]: ومن قُتل وله أولياء صغار وكبار[١١]، فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة. وقالا: ليس لهم ذلك حتى يدرك[١٢] الصغار؛ لأن القصاص مشترك بينهم[١٣]، ولا يمكن استيفاء البعض[١٤]؛ لعدم التجزئ[١٥]، وفي استيفاءهم الكل[١٦] إبطال حق الصغار، فيؤخر إلى إدراكهم، كما إذا كان[١٧] بين الكبيرين وأحدهما

---

(١) عفو.

(٢) قوله: "لما فيه [عفو] من الإبطال" أي إبطال حق المعتوه من القصاص والمال. (ك)

(٣) أي الاستيفاء في الطرف.

(٤) أطراف.

(٥) أي استيفاء القصاص في الأطراف.

(٦) قوله: "بمنزلة [أي للأب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في النفس أو ما دونها] المعتوه" أي إذا قتل قريب الصغير فلأبيه أن يقتص، وله أن يصالح، وليس للوصي أن يقتص، وذكر الإمام التمرتاشي ولو قتل عبد اليتيم لم يكن للوصي أن يقتص، ولو كان الأب حيًا، له أن يقتص وله أن يصالح. (ك)

(٧) قصاص.

(٨) سلطان.

(٩) أي في استيفاء القصاص.

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير".

(١١) قوله: "وله أولياء صغار وكبار" بأن كان للمقتول أخوان: أحدهما صغير، والآخر كبير. (كفاية)

(١٢) يبلغ.

(١٣) أي بين الكبار والصغار.

(١٤) أي بعض القصاص.

(١٥) قوله: "لعدم التجزئ" وذلك لأنه تصرف في الروح، وذا لا يقبل الوصف بالتجزئ. (ك)

(١٦) أي كل القصاص.

(١٧) فينتطر.

غائب، أو كان بين الموليين[١]. وله أنه حق[٢] لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ، وهو القرابة، واحتمال العفو من الصغير منقطع[٣]، فيثبت لكل واحد كملا في ولاية الإنكاح[٤]، بخلاف الكبيرين؛ لأن احتمال العفو من الغائب ثابت[٥]، ومسألة المولين ممنوعة[٦].

قال[٧]: ومن ضرب رجلا بمر[٨] فقتله، فإن أصابه بالحديد قتل به، وإن أصابه بالعود[٩]، فعليه الديةقال رضي الله تعالى عنه[١٠]: وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح، فكمل السبب، وإن أصابه بظهر الحديد[١١]، فعندهما يجب[١٢]، وهو رواية عن أبي حنيفة اعتبارًا منه للآلة[١٣]، وهو الحديد[١٤]. وعنه إنما يجب إذا جرح[١٥]، وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضرب[١٦]

---

(١) قوله: "أو كان بين المولين" صورتها فيما إذا كان العبد مشتركًا بين الكبير والصغير، فقتل العبد، ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق. (نهاية)

(٢) أي أن حق القصاص.

(٣) قوله: "منقطع" أي في حال استيفاء القصاص؛ لأن الصغير ليس من أهل العفو، وإنما يتوهم عفوه بعد بلوغه وشبهة عفوه يتوهم أعراضه لا يمنع استيفاء القصاص. بخلاف الكبيرين، وأحدهما غائب؛ لأن هناك شبهة العفو موجودة؛ لجواز أن يكون الغائب عفا، والحاضر لا يشعر به، وعفو الغائب صحيح. (مل)

(٤) فإن لكل واحد كملا.

(٥) فلو استوفى لكان استيفاء منه مع الشبهة، وذا لا يجوز.

(٦)قوله: "ممنوعة" في فوائد مولانا حميد الدين عبد بين مولين، وأحدهما صغير، قتل عمدًا، قال بعض مشايخنا: عند أبي حنيفة له ولاية استيفاء القصاص. (ك)

(٧) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٨) قوله: "بمر [كلند وبيل. من]" في "الدر المختار": المر -بفتح الميم- ما يعمل به في الطين، وقال العيني: المر -بفتح الميم وتشديد الراء- وهو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة، يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض. (مل)

(٩) دسته كلند.

(١٠) أي المصنف.

(١١) أي ولم يجرح. (ن)

(١٢) القصاص.

(١٣)قوله: "اعتبارًا منه للآلة وهو الحديد" لأن الحديد معدّ لذلك في الدنيا والآخرة، قال الله تعالى: ﴿وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد﴾، وهو القتل، وقوله تعالى: ﴿ولهم مقامع من حديد﴾. (ك)

(١٤) لأن الحديد سلاح كله.

(١٥) قوله: "إنما يجب إذا جرح" لأن بدون الجرح لا يتكامل إفساد الظاهر، فلا يستدعي العقوبة المتناهية. (مل)

(١٦) أي على هذا الخلاف.

بسنجات[١] الميزان[٢]، وأما إذا ضربه بالعود[٣]، فإنما تجب الدية؛ لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص، حتى لا يهدر الدم.

ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة، فيكون قتلا بالمثقل[٤]، وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نبين، وقيل: هو بمنزلة السوط، وفيه خلاف الشافعي، وهي مسألة الموالاة[٥]. له[٦] أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية، فيتحقق الموجب[٧].

ولنا ما روينا[٨]، «ألا إن قتيل خطأ العمد»*، ويروى: «شبه العمد» الحديث، ولأن فيه[٩] شبهة عدم العمدية؛ لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه[١٠] القصد[١١] في خلال الضربات، فيعرى أول الفعل[١٢] عنه، وعساه أصاب المقتل[١٣] والشبهة دارئة للقود، فوجبت الدية.

قال[١٤]: ومن غرّق صبيًا، أو بالغًا في البحر[١٥]، فلا قصاص عند أبي حنيفة.

---

(١) سنجة الميزان: سنگ ترازو. (من)

(٢) من الحديد. (كافي)

(٣) بعود المر.

(٤) يكون شبه عمد. (رد المحتار)

(٥) قوله: "وهي إلخ" إذا تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالبًا كالسوط الصغير، فإن لم يوال في الضربات، فهو شبه العمد عندهما بلا خلاف، وإن كان والى في الضربات، فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما، بعضهم قالوا: إنه عمد محض، وبعضهم قالوا: شبه العمد. (نهاية)

قوله: "وهي [أي المسألة الخلافية] مسألة الموالاة" قلت: هو مرفوع، رواه البيهقي في "سننه"، وفي "المعرفة" من حديث البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال: «من أغرض غرضناه ومن حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» قال صاحب "التنقيح": في هذا الإسناد من يجهل حاله. (عيني)

(٦) أي للشافعي.

(٧) للقصاص.

(٨) قوله: "ولنا ما روينا [في أول كتاب الجنايات]: «ألا إن...» إلخ" لا يقال: إنه محمول على عدم الموالاة؛ لأنا نقول: إن إجراءه على إطلاقه أولى؛ إذ فيه درء القصاص، وهو مندوب إليه. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٣، وانظر في الدراية ج٢ص٢٦٦ تحت الحديث١٠١١. (نعيم)

(٩) أي في الموالاة.

(١٠) أي عرضه.

(١١) أي قصد القتل.

(١٢) أي أول الضرب.

(١٣) قوله: "وعساه أصاب [بغير قصد] المقتل" أي زمان القتل، أي الموت، وإن لم يكن قاصدًا للقتل. (أعظمي)

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير".

وقالا: يقتصّ منه، وهو قول الشافعي، غير أن عندهما يستوفى[١] حزاً[٢]، وعنده[٣] يغرق[٤]، كما بيناه من قبل[٥]، لهم قوله عليه السلام[٦]: «من غرّق غرقناه[٧]»*، ولأن الآلة[٨] قاتلة، فاستعمالها أمارة العمدية؛ ولا مراء[٩] فى العصمة[١٠].

وله قوله عليه السلام[١١]: «ألا إن قتيل خطأ العمد[١٢] قتيل السوط والعصا[١٣]»**، وفيه[١٤] وفى كل خطأ أرش[١٥]، ولأن الآلة غير معدة للقتل، ولا مستعملة فيه؛ لتعذر استعماله، فتمكنت شبهة عدم العمدية؛ ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة، ومنه يقال: اقتص[١٦] إثره[١٧]، ومنه المقصة للجلمين[١٨]، ولا تماثل بين

---

(١٥) قوله: "ومن غرّق إلخ" ذكر محمد التغريق بالماء مطلقًا، وهو على ثلاثة أوجه، إن كان الماء قليلا، لا يقتل به غالبًا لا يجب القصاص بالاتفاق، وإن كان الماء كثيرا إلا أنه يمكنه النجاة بالسباحة، فهو شبه العمد عندنا، وإن كان الماء كثيراً، ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر، فهذا مسألة الكتاب، كذا فى بعض الفوائد. (ك)

(١) القصاص.

(٢) حز -بالفتح وتشديد زاء- بريدن. (م)

(٣) شافعى.

(٤) اعتباراً للمماثلة.

(٥) قوله: "كما بيناه [فى أوائل هذا الباب]" إشارة إلى قوله: يفعل به كما فعل إن كان فعلا مشروعًا. (ع)

(٦) قوله: "لهم قوله إلخ" أى للشافعى ولهما، لكن للشافعى الاستدلال بالحديث، ولهما الاستدلال بالمعقول، أو للشافعى الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص والاستيفاء. ولهما الاستدلال بهذا الحديث فى وجوب القصاص، وفى الاستيفاء لم يعملا بهذا الحديث؛ لقوله عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف». (كفاية)

(٧) قوله: "من غرّق" قوله عليه السلام: «من حرّق حرقناه ومن غرق غرقناه» لم يثبت مرفوعًا، وإنما هو من كلام زياد. (كافى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٣، والدراية ج٢ص٢٦٦، الحديث١٠١٢. (نعيم)

(٨) أى ماء البحر.

(٩) شك، مراء -بالكسر- جدال أى لا جدال فى العصمة، فإنه ثابت بلا متاز ع.

(١٠) أي عصمة المقتول.

(١١) أخرج معناه ابن حبان فى "صحيحه".

(١٢) أى شبه العمد.

(١٣) وهذا فى معناه؛ لأن الماء غير جارح كالسوط والعصا.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٤، والدراية ج٢ص٢٦٦، الحديث١٠١٣. (نعيم).

(١٤) أى فى الحديث: «وفى كل خطأ أرش»، وهذا من تتمة الحديث، وبعده فيه مائة من الإبل.

(١٥) وهذا المذكور من شبه العمد.

(١٦) أى أتبع وذهب، كما ذهب هو.

الجرح والدق[١] لقصور الثانى عن تخريب الظاهر، وكذا لا يتماثلان فى حكمة الزجر؛ لأن القتل بالسلاح غالب، وبالمثقل نادر[٢].

وما رواه[٣] غير مرفوع[٤]، أو هو محمول على السياسة، وقد أومت إليه[٥] إضافته إلى نفسه فيه[٦]، وإذا امتنع القصاص، وجبت الدية، وهى على العاقلة، وقد ذكرناه[٧]، واختلاف الروايتين[٨] فى الكفارة[٩].

قال[١٠]: ومن جرح رجلا عمداً، فلم يزل[١١] صاحب فراش، حتى مات فعليه القصاص؛ لوجود السبب[١٢] وعدم ما يبطل حكمه فى الظاهر، فأضيف[١٣] إليه.

قال[١٤]: وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين، فقتل مسلم مسلماً، ظن أنه مشرك، فلا قود عليه، وعليه الكفارة؛ لأن هذا أحد نوعى الخطأ[١٥] على ما بيناه[١٦]، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود، ويوجب الكفارة، وكذا[١٧] الدية على ما

---

(١٧) إثر -بالكسر- نشان.

(١٨) الجلم الذى يجز به، وهما جلمان، جلم -بفتحتين- مقراض كه بدان چيزها بردند. (م)

(١) وكذا الغرق.

(٢) والغرق ملحق بالمثقل.

(٣) الشافعى وهو: «من غرق غرقناه».

(٤) قوله: "غير مرفوع [أى غير متصل إليه عليه السلام]" فلا يكون حجة عنده؛ لأنه لا يرى العمل بالموقوف. (أعظمى)

(٥) قوله: "وقد أومت [أشارت] إليه" أى إلى الحمل على السياسة، إضافة النبى عليه السلام فعل التغريق إلى نفسه، حيث قال: غرقناه، ولم يقل من غرق يغرق. (ك)

(٦) أى فى الحديث.

(٧) فى أول كتاب الجنايات.

(٨) قوله: "واختلاف [مبتدأ] الروايتين" أى عن أبى حنيفة إنما كان فى الكفارة، فإنه روى أن لا كفارة فى شبه العمد، وروى الطحاوى أن فيه الكفارة عنده، وأما الدية، فإنها واجبة عنده من غير تردد. (عناية)

(٩) خبر، لا فى الدية.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) أى صار.

(١٢) جرح.

(١٣) الحكم.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٥) وهو الخطأ فى القصد. (ك)

(١٦) قبيل باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب.

(١٧) أى كذا يوجب الدية.

نطق به نص الكتاب[١].

ولما اختلف سيوف المسلمين[٢] على اليمان[٣] أبي حذيفة قضى رسول الله عليه والصلاة والسلام بالدية[٤]*، قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا[٥] مختلطين، فإن كان في صف المشركين[٦]، لا تجب[٧] لسقوط عصمته بتكثير سوادهم، قال عليه السلام[٨]: «من كثر سواد[٩] قوم فهو منهم»**.

قال[١٠]: ومن شج نفسه[١١]، وشجه رجل وعقره أسد[١٢]، وأصابته حية، فمات من ذلك كله، فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ لأن فعل الأسد والحية جنس واحد؛ لكونه هدراً في الدينا والآخرة، وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة، حتى يؤثم عليه[١٣].

وفي "النوادر"[١٤]: أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل، ويصلي عليه، وعند أبي

---

(١) قوله: "على ما نطق به نص الكتاب" وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾. (ك)

(٢) قوله: "ولما اختلفت [في حرب أحد] سيوف المسلمين" أي توالت، روى أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق، فقتلوه على ظن أنه مشرك، فقضى رسول الله ﷺ بالدية، فوهبها لهم حذيفة. (ع)

(٣) وظنه المسلمون حربياً. (ك)

(٤) رواه الشافعي في "مسنده" عن عروة. (شرح نهاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٤، والدراية ج٢ص٢٦٦، الحديث١٠١٤. (نعيم)

(٥) كفار ومسلمين.

(٦) قوله: "فإن كان إلخ" أي فإن لم يكونوا مختلطين، بل كانوا مسلمين في صف المشركين، وإن لم يكن قصدهم تقوية الكفار، لا تجب الدية. (أعظمي)

(٧) الدية.

(٨) أسنده أبو يعلى الموصلي في "مسنده" عن عمر بن الحارث عن ابن مسعود.

(٩) جماعة.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٦، والدراية ج٢ص٢٦٧، الحديث١٠١٥. (نعيم)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) شج -بالفتح وتشديد جيم- سر شكستن. (م)

(١٢) عقر -بالفتح- خسته كردن، ومنه في الشتم جدعاً له وعقراً. (من)

(١٣) إجماعاً، تأثيم: گناه نسبت كردن. (م)

(١٤) قوله: "وفي "النوادر": أن عند أبي حنيفة إلخ" هذا أثر كون فعله غير معتبر؛ لأنه لما كان يغسل ويصلي عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما. أما عند أبي يوسف فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه، وصار بمنزلة الباغي، ولو كان فعله هدراً أصلاً كنهش الحية، ولم يكن جناية مع كونه مقتولاً حقيقة، لكان

يوسف يغسل، ولا يصلى عليه[١].

وفى "شرح السير الكبير": ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه فى "كتاب التجنيس والمزيد"، فلم يكن هدراً مطلقًا[٢]، وكان جنسًا آخر[٣]، وفعل الأجنبى معتبر فى الدنيا والآخرة، فصارت ثلاثة أجناس، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال، فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية، والله أعلم.

فصل[٤]

قال[٥]: ومن شهر على المسلمين[٦] سيفًا، فعليهم أن يقتلوه؛ لقوله عليه السلام: «من شهر[٧] على المسلمين سيفًا فقد أطل دمه[٨]»*، ولأنه باغ، فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه[٩] تعين طريقًا لدفع القتل عن نفسه، فله قتله.

وقوله: فعليهم[١٠]، وقول محمد فى "الجامع الصغير": فحق على المسلمين أن يقتلوه، إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر[١١].

شهيدا، ويسقط غسله، فلم يكن فعله هدراً مطلقًا، فكان جنسًا آخر، وفعل الأسد والحية هدر فى الدنيا والآخرة، وفعل الأجنبى معتبرة فى الدنيا والآخرة، فيكون التألف بفعل كل واحد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية. (ك)

(١) إهانة له كالباغى.

(٢) متعلق بقوله هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة. (م) أى فعله بنفسه.

(٣) من حيث إنه هدر من وجه دون وجه.

(٤) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان المسائل التى توجب القصاص ألحق بها فصلا، يشتمل على المسائل التى لها عرضة إيجاب القصاص. (عناية)

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(٦) ليلا أو نهاراً فى مصر أو غيره. (در مختار) شهر -بالفتح- شمشير بر كشيدن از نيام. (م)

(٧) قوله: "من شهر" رواه النسائى من حديث ابن أبى الزبير والحاكم فى المسند عن معمر مرفوعًا من شهر سيفه، فدمه هدر. (شرح نقاية)

(٨) قوله: "فقد أطلّ [أى أهدر] دمه" فإن قيل قوله فى الحديث، فقد أطل دمه يدل على الإباحة فقط، فكيف يتمسك به على الوجوب، قلنا: لما أهدر دمه صار ملحقًا بالكافر الحربى المحارب، فيكون قتله واجبًا، لكن لا لعين القتل، بل لدفع الضرر، حتى لو أمكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله، والدليل على أن قتله واجب أن المباح ما استوى طرفاه، ولا يأثم التارك بتركه، وههنا لو ترك المشهور عليه قتل الشاهر مع إمكانه يكون آثمًا، فدل على أنه واجب. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٧، والدراية ج٢ص٢٦٧، الحديث١٠١٦. (نعيم)

(٩) قتل.

(١٠) قوله: "وقوله: فعليهم" قال الكاكى: أى قول صاحب "المختصر"، قلت: إن أراد صاحب "مختصر القدورى"، فهذه المسألة لم يذكر فيها، وإنما هى فى "الجامع الصغير". والصواب ما ذكره تاج الشريعة، أى قول محمد فى "المبسوط": فعليهم، وقول محمد فى "الجامع الصغير": فحق على المسلمين أن يقتلوه. (عينى)

(١١) قوله: "والمعنى [أى إنما وجب القتل، لأن دفع الضرر واجب. ك] أى معنى الوجوب دفع الضرر؛ لأن

وفي سرقة "الجامع الصغير"[١]: ومن شهر على رجل سلاحًا ليلا، أو نهارًا، أو شهر عليه عصا ليلا في مصر، أو نهارًا في طريق في غير مصر، فقتله المشهور عليه عمدًا، فلا شيء عليه؛ لما بينا[٢].

وهذا لأن السلاح لا يلبث، فيحتاج[٣] إلى دفعه بالقتل، والعصا الصغيرة وإن[٤] كان يلبث، ولكن في الليل لا يلحقه الغوث[٥]، فيضطر[٦] إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث، فإذا قتله[٧] كان دمه هدرًا، قالوا: فإن كان عصا لا تلبث[٨] يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما[٩].

قال[١٠]: وإن شهر المجنون على غيره سلاحًا، فقتله المشهور عليه عمدًا، فعليه الدية في ماله. وقال الشافعي: لا شيء عليه، وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة[١١].

وعن أبي يوسف: أنه يجب الضمان[١٢] في الدابة، ولا يجب في الصبي والمجنون. للشافعي أنه قتله دافعًا عن نفسه، فيعتبر[١٣] بالبالغ[١٤] الشاهر، ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله، فأشبه المكرَه[١٥]

الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان لا عين القتل. (ع)

(١) قوله: "وفي سرقة الجامع الصغير" وإنما ذكر هذه لزيادة بيان فيها ما ليس في قوله: ومن شهر على المسلمين سيفا، فعليهم أن يقتلوه، وهو قوله: فلا شيء عليه، وإنما ذكر هذه لفائدة، وهو أن من الجائز أن يجوز قتله، وعليه الضمان، كما في قتل الجمل الصائل، وأكل مال الغير حال المخمصة، فقال: فلا شيء عليه لدفع هذا الوهم. (ك)

(٢) إشارة إلى ما ذكر من الحديث والمعقول. (ك)

(٣) المشهور عليه.

(٤) الواو وصلية.

(٥) بالفتح: فرياد رس. (م)

(٦) المشهور عليه.

(٧) الشاهر.

(٨) بسبب العظم.

(٩) أي يستوي فيه أن يشهر ليلا أو نهارًا في مصر أو غير مصر.

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) قوله: "وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة" يعني إذا صالا على إنسان، فقتله المصول عليه عمدًا يضمن الدية والقيمة. (عناية)

(١٢) أي القيمة.

(١٣) الصبي والمجنون والدابة.

(١٤) العاقل.

وَلأبى يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا، حتى لو تحقق[١] لا يوجب الضمان[٢]. أما فعلهما معتبر فى الجملة، حتى لو حققاه[٣] يجب عليهما الضمان، وكذا عصمتهما لحقهما، وعصمة الدابة لحق مالكها، فكان فعلهما مسقطاً للعصمة[٤] دون فعل الدابة.

ولنا أنه قتل شخصاً معصوماً[٥]، أو أتلف مالا[٦] معصوماً حقًا للمالك، وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً[٧]، وكذا فعلهما[٨]، وإن[٩] كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح، ولهذا لا يجب القصاص[١٠] بتحقق الفعل منهما.

بخلاف العاقل البالغ[١١]؛ لأن له اختياراً صحيحًا، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح، وهو دفع الشر، فتجب الدية.

قال[١٢]: ومن شهر على غيره سلاحًا فى المصر، فضربه[١٣]، ثم قتله الآخر[١٤]،

---

(١٥) قوله: "فأشبه المكرَه" صورته أن رجلا أكره غيره بالسلاح على أن يقتله، وتحقق عند المكره أنه لو لم يقتله، لقتله هو فقتله، فلا شيء عليه، ولا يقال: بأن عند الشافعى يجب القصاص على المكره، فكيف يصح الاستدلال به؛ لأنا نقول: إنما يجب القصاص عنده على المكره، إذا كان المقتول غير المكره، فأما إذا أكرهه المكره على قتل المكره، فقتله فلا رواية فيه، ويحتمل أن لا يجب القصاص عنده ههنا؛ لأن المكره أسقط عصمة نفسه بالإكراه، فلا يجب القصاص بقتله، بخلاف ما إذا كان المقتول غير المكره؛ لأن المقتول ثمة معصوم فافترقا. (ك)

(١) أى فعل الدابة.

(٢) على الدابة.

(٣) أى فعلهما.

(٤) أى لعصمتهما.

(٥) وهو الصبى والمجنون.

(٦) دابة.

(٧) أى للعصمة.

(٨) أى فعل الصبى والمجنون لا يصلح مسقطاً للعصمة.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله: "ولهذا [أى لعدم الاختيار الصحيح] لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما" أى على الشاهر، وهو الصبى والمجنون. (ك)

(١١) الشاهر.

(١٢) أى محمد. (عينى)

(١٣) قوله: "فضربه" فضربه الشاهر، فانصرف، ثم قتله المشهور عليه، فعلى القاتل القصاص، هذا إذا ضربه الأول، وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيًا؛ لأنه لما شهر حل دمه، دفعاً لشره، فلما لم يقتله، وكف عنه اندفع شره، وعادت عصمته، فإذا قتله، فقد قتل شخصا معصوماً من غير دفع ضرر، فلزمه القصاص. (ك)

(١٤) أى المشهور عليه، أو غيره. (در مختار)

فعلى القاتل القصاص، معناه إذا ضربه فانصرف؛ لأنه خرج من أن يكون محاربًا بالانصراف، فعادت عصمته.

قال[١]: ومن دخل عليه غيره ليلا، وأخرج السرقة، فاتبعه[٢] وقتله، فلا شيء عليه[٣]؛ لقوله عليه الصلاة و السلام: «قاتل دون مالك[٤]»*، ولأنه يباح له القتل دفعًا في الابتداء، فكذا استردادًا في الانتهاء[٥]، وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد[٦] إلا بالقتل، والله أعلم.

باب[٧] القصاص فيما دون النفس

قال[٨]: ومن قطع يد غيره عمدًا من المفصل، قطعت يده، وإن[٩] كانت يده أكبر من اليد المقطوعة؛ لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص[١٠]﴾، وهو ينبئ عن المماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه، يجب فيه القصاص، وما لا فلا، وقد أمكن[١١] في القطع من المفصل فاعتبر، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها؛ لأن منفعة اليد[١٢] لا تختلف بذلك، وكذلك الرجل، ومارن[١٣] الأنف، والأذن؛ لإمكان رعاية المماثلة.

قال[١٤]: ومن ضرب عين رجل، فقلعها[١٥] لا قصاص عليه؛ لامتناع المماثلة

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) المسروق منه.

(٣) أي القاتل المسروق منه.

(٤) قوله: "قاتل دون مالك [أي لأجل مالك. ع]" رواه في مسند إسحاق بن راهويه عن قابوس بن أبي المخارق عن أبيه. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٨، والدراية ج٢ ص٢٦٨، الحديث ١٠١٧. (نعيم)

(٥) لأنه أسهل من الابتداء. (ع)

(٦) قوله: "إذا كان لا يتمكن" أما إذا أمكنه بطريق آخر كالتهديد والصياح عليه، يكون القتل مضمونًا. (ك)

(٧) قوله: "باب" لما فرغ من بيان القصاص في النفس، أتبعه بما هو بمنزلة التبع، وهو القصاص في الطرف. (ع)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله: "والجروح قصاص" أي ذات قصاص، في شرح الأقطع، فاقتضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس، وفي الإيضاح فصار القصاص فيما دون النفس مشروعًا بهذه الآية، والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الأجزاء، ولفظ القصاص ينبئ عن هذا. (كفاية)

(١١) رعاية المماثلة.

(١٢) وهو البطش.

(١٣) نرمهٔ بينى، وهو ما لان من الأنف، واحترز به عن القصبة. (رد المحتار)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

في القلع[١]، وإن كانت[٢] قائمة[٣]، فذهب ضوءها، فعليه القصاص؛ لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب[٤]: تحمى له المرآة[٥]، ويجعل[٦] على وجهه قطن رطب، وتقابل عينه بالمرآة، فيذهب ضوءها، وهو مأثور* عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم[٧].

قال[٨]: وفي السن القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾، وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر؛ لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر.

قال[٩]: وفي كل شجة[١٠] تتحقق فيها المماثلة[١١] القصاص؛ لما تلوناه[١٢].

قال[١٣]: ولا قصاص في عظم[١٤] إلا في السن[١٥]، وهذا اللفظ مروي عن عمر

---

(١٥) قلعه قلعًا -بالفتح- از بيخ بركند آن را. (من)

(١) قوله: "لامتناع المماثلة في القلع" لأنها إذا قورت، فقد تعذر اعتبار المماثلة؛ لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثاني زائداً. (ك)

(٢) العين.

(٣) ثابتة.

(٤) يعني القدوري .

(٥) قوله: "تحمى له المرآة" بكسر الميم ومد الهمزة: آلة الرؤية، ورأيت بخط بعض العلماء، أن المراد بها ههنا فولاد صقيل يرى به الوجه، لا المرآة المعروفة من الزجاج. (رد المحتار)

(٦) ويشد عينه الأخرى. (زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٠ تحت "باب القصاص فيما دون النفس، والدراية ج٢ ص٢٦٨، تحت الحديث١٠١٧ في باب القصاص فيما دون النفس. (نعيم)

(٧) قوله: "وهو مأثور إلخ" كانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله تعالى عنه، فشاور الصحابة، فقال علي رضي الله تعالى عنه: يجب القصاص، فبين إمكانه بالطريق الذي ذكرناه. (زيلعي)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "وفي كل شجة [بالفتح وتشديد جيم: جراحت وشكستگى]" تختص الشجة بما يكون بالوجه والرأس لغةً، وما يكون بغيرهما فجراحة. (درمختار)

(١١) كما في الموضحة، كما سيجيء في فصل الشجاج.

(١٢) قوله: "لما تلوناه" إشارة إلى قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ وفي بعض النسخ لما ذكرنا، وهو إشارة إلى قوله ينبئ عن المماثلة. (عناية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "ولا قصاص" قال عمر: إنا لا نقيد من العظام، وقال ابن عباس: ليس في العظام قصاص، ونحوه عن الشعبي والحسن، رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (شرح نقاية)

رضى الله تعالى عنه وابن مسعود رضى الله تعالى عنه، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا قصاص فى العظم»*، والمراد غير السن[٢].

ولأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر؛ لاحتمال الزيادة والنقصان، بخلاف السن؛ لأنه يبرد بالمبرد،[٣] ولو قلع من أصله يقلع الثاني[٤]، فيتماثلان.

قال[٥]: وليس فيما دون النفس شبه عمد[٦]، إنما هو عمد، أو خطأ؛ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة، والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون ما دون النفس[٧]؛ لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة، فلم يبقَ إلا العمد والخطأ.

ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحر والعبد[٨]، ولا بين العبدين؛ خلافًا للشافعى[٩] فى جميع ذلك إلا فى الحر[١٠] يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس؛ لكونها تابعة لها[١١].

---

(١٥) قوله: "إلا فى السن" فإن كان السن عظما، فالاستثناء متصل، ولا بد من فرق بينها و بين غيرها من العظام، وهو إمكان القصاص فيها، بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها، أو إلى أصلها إن قلعها، ولا يقلع؛ لتعذر المماثلة، فربما يفسد به الثانية، كذا فى "المبسوط"، وإن كان غير عظم، فالاستثناء منقطع.

وقد اختلف الأطباء فى ذلك، فمنهم من قال: هو طرف عصب يابس؛ لأنه يحدث، وينمو بعد تمام الخلقة، ومنهم من قال هو طرف عظم، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم، حتى قال: والمراد منه غير السن. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٥٠، والدراية ج٢ص٢٦٩ تحت الحديث١٠١٧ فى "باب القصاص فيما دون النفس". (نعيم)

(٢) قوله: "والمراد غير السن" بدليل قوله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾ يؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس والأعلى بالأعلى والأسفل بالأسفل؛ لما فى خلاف ذلك من الإخلال بالمماثلة. (ك)

(٣) برد -بالفتح- بسوهان سائيدن. (م)

(٤) قوله: "يقلع [وقيل: يبرد إلى موضع أصل السن. در مختار] الثاني" ويخالفه ما قال فى الكفاية، إذا قلع السن، فإنه لا يقلع سنه قصاصاً؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيه، فربما يفسد به الثانية، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أسفل السن. (مل)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "وليس فيما دون إلخ" قد ذكره مرة، لكنه ذكر هناك أنه عمد، وههنا أنه عمد أو خطأ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص، وذلك لأن شبه العمد إن حصل فيما دون النفس، وأمكن القصاص جعل عمداً، روى أن الربيع عمة أنس بن مالك كسرت ثنية جارية من الأنصار باللطمة، فأمر النبى عليه السلام بالقصاص واللطمة إن كانت على النفس، لا توجب القود، وإن لم يكن القصاص جعل خطأ، ووجب الأرش. (ف)

(٧) قوله: "والقتل هو الذى يختلف إلخ" لأنه عبارة عن إزهاق الروح، وهو غير محسوس، فأقيمت الآلة الصالحة لتفريق الأجزاء مقام الإزهاق، بخلاف الأطراف؛ لأنها محسوسة، فلا حاجة إلى ذلك. (مل)

(٨) أى فيما دون النفس. (ك)

(٩) فإن عنده يقتص.

(١٠) يعنى لا يجب القصاص فيه عنده أيضًا. (ف)

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال[١]، فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة[٢]، وهو معلوم قطعاً[٣] بتقويم الشرع، فأمكن اعتباره.

بخلاف التفاوت[٤] في البطش[٥]؛ لأنه لا ضابط له، فاعتبر أصله، وبخلاف الأنفس؛ لأن المتلف إزهاق الروح[٦] ولا تفاوت فيه، ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر؛ للتساوي بينهما في الأرش.

قال[٧]: ومن قطع يد رجل من نصف الساعد[٨] أو جرحه جائفة[٩]، فبرأ منها[١٠]، فلا قصاص عليه؛ لأنه لا يمكن[١١] اعتبار المماثلة فيه، إذ الأول كسر العظم ولا ضابطة فيه[١٢]، وكذا البرء نادر، فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهراً.

قال[١٣]: وإذا كانت يد المقطوع صحيحة، ويد القاطع شلاء[١٤]، أو ناقصة

---

(١١) قوله: "لكونها [أطراف] تابعةً لها [أنفس]" يعني أن الأطراف تابعة للنفوس، فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء في النفوس، فكذلك في الأطراف؛ لكونها تابعة لها. (ع)

(١) قوله: "يسلك بها مسلك الأموال" لأن الأطراف خلقت وقاية للإنس كالمال، فإن قيل: قوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن﴾ مطلق، يتناول مواضع النزاع، فيكون حجة عليكم.

قلنا: قد خص منه الحربي والمستأمن، والنص العام إذا خص منه شيء، يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد، فخصصناه بما روينا. (ك)

(٢) قوله: "فينعدم التماثل بالتفاوت[فإن قيمة يد الرجل خمس مائة دينار، وقيمة يد المرأة نصفها] إلخ" الأصل في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل والمحل المأخوذ بالفعل؛ لأن المماثلة في ضمان العدوان منصوص عليه، فيجب اعتبارها، فإن قيل: يشكل بما إذا قطع عبد يد عبد، وقيمتهما سواء، ومع ذلك لا يجرى القصاص عندكم، قلنا: لأن طريق معرفة القيمة بالحزر، والظن والمماثلة المشروطة لا يثبت بطريق الظن والحزر. (ك)

(٣) قوله: "وهو معلوم قطعًا بتقويم الشرع إلخ" فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمس مائة دينار قطعا ويقينا، ولا يبلغ قيمة العبد إلى ذلك، ولو بلغت إنما تبلغ بالحزر والظن، فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا، فينعدم التماثل. (ك)

(٤) في الكبير والصغير، أي إذا كان يد كبيرة ويد صغيرة.

(٥) بالفتح: سخت گرفتن.

(٦) هلاک کردن. (م)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) بازوے مردم. (م)

(٩) قوله: "أو جرحه جائفة" الجائفة: هي التي تصل إلى الجوف من الصدر، أو الظهر، أو البطن، فلا قصاص؛ لانتفاء شرطه بل يجب ثلث الدية، ولا تكون الجائفة في الرقبة والحلق واليدين والرجلين، ولو في الأنثيين والدبر، فهي جائفة اتفاقي. (رد المحتار)

(١٠) قوله: "فبرأ منها [أي من الجائفة]" فلو لم تبرأ، فإن سارية يقتص، وإلا ينتظر البرء، أو السراية. (ابن كمال)

(١١) قوله: "لا يمكن" لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثاني زائداً. (ك)

(١٢) فإنه لا ينكسر من الموضع الذي يراد كسره.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

الأصابع، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة، ولا شيء له غيرها[١]، وإن شاء أخذ الأرش كاملا؛ لأن استيفاء الحق كملا متعذر، فله أن يتجوز[٢] بدون حقه[٣]، وله أن يعدل إلى العوض[٤] كالمثلي[٥] إذا انصرم[٦] عن أيدي الناس بعد الإتلاف[٧]، ثم إذا استوفاها ناقصًا، فقد رضي به[٨]، فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد.

ولو سقطت المؤوفة[٩] قبل اختيار المجني عليه، أو قطعت ظلمًا، فلا شيء له عندنا[١٠]؛ لأن حقه متعين في القصاص،[١١] وإنما ينتقل إلى المال باختياره، فيسقط[١٢] بفواته.

بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه[١٣] من قصاص، أو سرقة حيث يجب عليه الأرش؛ لأنه أوفي به حقًا مستحقًا، فصارت سالمة له معنًى[١٤].

قال[١٥]: ومن شج رجلا، فاستوعبت الشجة[١٦] ما بين قرنيه، وهي[١٧] لا

---

(١٤) بالفتح وتشديد لام: دست خشک شده. (م)

(١) أي غير اليد المعيبة.

(٢) تجوز: عفو كردن. (م)

(٣) أي بما هو دون حقه، وهو قطع اليد الشلاء.

(٤) أرش.

(٥) قوله: "كالمثلي" يعني لم يبقَ منه إلا ناقص الصفة، كان المالك بالخيار، إن شاء أخذه ناقصا، وإن شاء عدل إلى القيمة، كذا ههنا، فيسقط حقه، كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد. (ك)

(٦) انقطع.

(٧) أي أتلف المثلي ثم انصرم هو.

(٨) قوله: "فقد رضي به" يعني أنه رضي باستيفاء الحق ناقصًا، والفائت كالوصف، والوصف منفرد عن الأصل غير مضمون، فسقط حقه في الوصف. (ك)

(٩) أي اليد الشلاء.

(١٠) قوله: "عندنا" وعند الشافعي: له الأرش؛ لأن عنده المال ضمان أصلي كالقود، فإذا تعذر استيفاء القود، تعين الآخر. (ك)

(١١) فإنه لو زال الشلل قبل أخذ الأرش يكون له القصاص.

(١٢) قصاص؛ لأن اختياره حين وجود المعيبة.

(١٣) من آخر.

(١٤) قوله: "فصارت [يده المعيبة] سالمة له معنًى" فإن قيل: يشكل بما إذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه، فلا يسقط حق المقطوع، وإن لم يسلم يد القاطع له معنى. قلنا: إنما لم يسقط ثمه، وإن لم يوجد السلامة لمعنى آخر، وهو أنه اتلف محلا تعلق به حق الغير، فصار ضامنا، كما في العبد الرهن إذا أتلفه الراهن، ونصاب الزكاة إذا أتلفه المالك بعد وجوب الزكاة، فلا يكون قادحا، لما ذكرنا من المعنى. (ك)

تستوعب ما بين قرني الشاج[١]، فالمشجوج بالخيار، إن شاء اقتص[٢] بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء، وإن شاء أخذ الأرش؛ لأن الشجة موجبة[٣]؛ لكونها مشينة[٤] فقط، فيزداد الشين[٥] بزيادتها، وفي استيفاءه[٦] ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل[٧].

ولا يلحقه[٨] من[٩] الشين باستيفاءه[١٠] قدر حقه ما يلحق المشجوج، فينتقص[١١] فيخيّر[١٢]، كما في الشلاء[١٣] والصحيحة، وفي عكسه يخير أيضاً[١٤]؛ لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى إلى غير حقه[١٥]، وكذا[١٦] إذا كانت الشجة في

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) لصغر رأسه.

(١٧) شجة.

(١) قوله: " وهي لا تستوعب [لكبر رأسه] ما بين قرني الشاج " لكون رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج، فإذا شج ما بين قرني الشاج مقدار شجة، يبقى قطعة مما بين قرنيه لا شجة فيه. (ك)

(٢) في المساحة.

(٣) للقصاص.

(٤) ، شيناً: عيب كرد او را. (من)

(٥) عيب.

(٦) مشجوج.

(٧) الشاج.

(٨) شاج.

(٩) بيان ما.

(١٠) مشجوج، أي إن اقتص بمقدار شجته.

(١١) حق المشجوج.

(١٢) قوله: "فيخير [المشجوج]" وحكى الطحاوى عن محمد بن العباس الدارمي، أن له أن يستوفي ما بين قرني الشاج، وإن كان أوسع اعتباراً باليد، فإن الكبير تقطع بالصغيرة.
والجواب أن القصاص في الشجة إنما يثبت لأجل الشين الذى يتعلق بها، لا لأجل المنفعة، ولهذا لو برأت وعادت كما كان سقط الضمان، والشين يزداد بزيادة الشجة، والقصاص في اليد؛ لتفويت المنفعة، والصغيرة كالكبيرة. (ك)

(١٣) شلت يده شلا –بالفتح– وشللا محركة تباه شد دست او وشكست گرديد. (من)

(١٤) قوله: "وفي عكسه" لو كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج يخيرأيضاً؛ لأنه لو استوفى المشجوج مثل حقه في المساحة مما بين قرني الشاج، كان هذا أزيد في الشين من الأول؛ لأن تلك المساحة لم تأخذ ما بين قرني المشجوج لكبر رأسه، وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه، فيزداد في الشين، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين، وكان دون حقه في المساحة، فيخير إن شاء، أخذ الأرش، وإن شاء اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين، وإن كان دونه في المساحة. (ك)

(١٥) قوله: "للتعدّى إلى غير حقه [مشجوج]" أى في مقدار الشين لا في قدر الشجة. (كفاية)

طول الرأس، وهى[١] تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا تبلغ[٢] إلى قفا الشاج، فهو بالخيار؛ لأن المعني[٣] لا يختلف.

قال[٤]: ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر، وعن أبى يوسف[٥] أنه إذا قطع[٦] من أصله يجب[٧]؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة.

ولنا أنه ينقبض وينبسط[٨]، فلا يمكن اعتبار المساواة، إلا أن تقطع الحشفة؛ لأن موضع القطع معلوم كالمفصل. ولو قطع بعض الحشفة، أو بعض الذكر، فلا قصاص فيه؛ لأن البعض لا يعلم مقداره، بخلاف الأذن إذا قطع كله، أو بعضه؛ لأنه لا ينقبض، ولا ينبسط، وله حد يعرف، فيمكن اعتبار المساواة، والشفة إذا استقصاها[٩] بالقطع يجب القصاص؛ لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها؛ لأنه يتعذر اعتبارها[١٠].

فصل[١١]

قال[١٢]: وإذا اصطلح القاتل[١٣]، وأولياء القتيل على مال، سقط القصاص، ووجب المال[١٤]، قليلا كان أو كثيرًا[١٥]؛ لقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه

---

(١٦) أى المشجوج بالخيار.

(١) الشجة.

(٢) الشجة.

(٣) وجه.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وعن أبى يوسف أنه إلخ" قاضى خان حكى فى شرحه على "الجامع الصغير" رواية أبى يوسف فى الذكر اللسان. (ردّ المحتار)

(٦) أى اللسان أو الذكر.

(٧) قصاص.

(٨) أى أن اللسان أو الذكر.

(٩) استقصاء: تمام كردن ونهايت چيزے رسيدن. (م) أى بلغ أقصاها أى نهايتها.

(١٠) مساواة.

(١١) قوله: "فصل" لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية، وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة. (ع)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) عن القصاص. (عناية)

(١٤) المسمى.

(١٥) أزيد على مقدار الدية. (ع)

شىء﴾ الآية، على ما قيل: نزلت الآية فى الصلح[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام[٢]: «من قتل له قتيل»* الحديث[٣]، والمراد[٤] -والله أعلم- الأخذ بالرضا[٥]، على ما بيناه[٦]، وهو[٧] الصلح بعينه.

ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً لاشتماله[٨] على إحسان الأولياء وإحياء القاتل، فيجوز بالتراضى، والقليل والكثير[٩] فيه سواء؛ لأنه ليس فيه نص مقدر، فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره[١٠]، وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلا، فهو حال؛ لأنه مال واجب بالعقد[١١]، والأصل فى أمثاله الحلول[١٢] نحو المهر والثمن، بخلاف الدية[١٣]؛ لأنها ما وجبت[١٤] بالعقد.

---

(١) قوله: "نزلت الآية إلخ" تقدير الآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد رضى الله تعالى عنهم، فمن أعطى له على سهولة، وأريد به ولى القتيل يقال: خذ ما أتاك عفواً، أى سهلا من أخيه أى من جهة أخيه المقتول شىء، أى شىء من المال بطريق الصلح ويكره؛ لأنه مجهول القدر، فإنه مقدر بما تراضيا عليه، فاتباع بالمعروف، أى فله اتباع أى فلو لى القتيل اتباع المصالح بالمعروف أى مطالبته ببدل الصلح على حسن معاملة، وأداء إليه باحسان، أى وعلى المصالح أداء إلى ولى القتيل بإحسان فى الأداء.

وقال جماعة: وهو مروى عن عمرو بن عباس وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم الآية فى عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله شىء، فإنه يراد به البعض، وتقديره: فمن عفى له وهو القاتل من أخيه فى الدين، وهو المقتول شىء من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء، فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين مالا، وهو الدية على حصصهم من الميراث، فاتباع أى فاليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف، أى بقدر حقوقهم من غير زيادة، وأداء إليه باحسان أى وليؤد القاتل إلى غير العافى حقه وافياً، غير ناقص، وأريد بالمصدر فى قوله فاتباع وأداء إليه الأمر بهذا الفعل، كما فى قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾. (ك)

(٢) رواه ابو داود والترمذى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٠، والدراية ج٢ص٢٦٩، الحديث١٠١٨. (نعيم)

(٣) قوله: "الحديث" تمامه فأهله بين خيرتين إن شاءوا أقادوا، وإن شاءوا أخذوا الدية، كذا فى "الأسرار". (ك)

(٤) قوله: "والمراد [فى الحديث] والله أعلم إلخ" إنما يحتاج إلى قوله، والمراد لأن ظاهر الحديث يشهد للشافعى فى أحد قوليه لولى القتيل الاختيار بين أن يقتل، وبين أن يأخذ المال بغير رضاه. (مل)

(٥) أى رضى القاتل.

(٦) قوله: "على ما بيناه" من أنه ليس لولى القتيل العدول عن القصاص إلا برضاء القاتل. (كفاية)

(٧) الأخذ بالرضا.

(٨) تعويض.

(٩) من المال.

(١٠) يعنى كالإعتاق على مال.

(١١) بالتراضى.

(١٢) أى الواجب بالعقد.

(١٣) فإنها تكون مؤجلة.

قال[1]: وإن كان القاتل حرًا وعبدًا، فأمر الحر ومولى العبد رجلا، بأن يصالح عن دمهما[2] على ألف درهم، ففعل، فالألف على الحر، والمولى نصفان؛ لأن عقد الصلح أضيف إليهما[3].

وإذا عفا أحد الشركاء من الدم، أو صالح من نصيبه على عوض، سقط حق الباقين عن القصاص، وكان لهم نصيبهم من الدية.

وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة، وكذا الدية، خلافًا لمالك والشافعي في الزوجين[4]. لهما أن الوراثة خلافة[5]، وهي بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت، ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر* بتوريث امرأة أشيم الضبابي[6] من

---

(١٤) الدية.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) أي عن دم عليهما.

(٣) قوله: "أضيف [لأن ذلك الرجل سفير محض لاحتياجه إلى الإضافة عليهما] إليهما" لأن الواجب بدل عن القصاص، والقصاص عليهما على السواء، فيقسم البدل عليهما على السواء، كرجلين اشتريا عبدًا كان الثمن عليهما على السواء؛ لأن الثمن بدل العبد، وقد ملكاه على السواء، فبدله كذلك.

فإن قيل: يجب أن يكون الألف عليهما على قدر قيمتهما؛ لأنه بالصلح اشترى كل واحد منهما دمه المستحق لولي القتيل، كمن خالع امرأتيه على ألف درهم، يقسم الألف عليهما على قدر قيمة بضعهما، قلنا: الألف بدل دم المقتول، وهما في إتلافه على السواء، والجامع بدل بضعهما، فيقسم على قيمة بضعهما. (ك)

(٤) قوله: "خلافًا إلخ" هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعًا عندهما، وفي "المبسوط" ولكل وارث في دم العمد نصيب بميراثه عندنا.

وقال مالك: لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئًا، وكذا في عامة الكتب التخصيص بالدية، ثم قال في "المبسوط": وكذلك ثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا.

وعلى قول ابن أبي ليلى: لا يثبت حقهما في القصاص، والتخصيص يقول ابن أبي ليلى في الخلاف: يؤذن بأن لا خلاف لمالك في القصاص، وفي بعض الفوائد: التنصيص على خلاف مالك في الدية لا ينافي خلافه في القصاص، بل ينبغي أن يكون له فيه خلاف بالطريق الأولى؛ لأن الدية مال، والمال مما لا خلاف فيه أن الزوج والزوجة يرثان، فلما لم ير مالك فيه الإرث، فلأن لا يرى في القصاص لهما بالطريق الأولى. (ك)

(٥) قوله: "لهما أن الوراثة [من المورث، يعني أن وجوبهما بعد الموت بطريق الخلافة، فيثبت بالنسب دون الزوجية؛ لأنها تنقطع بالسبب]إلخ" هذا يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئًا، وهو باطل، ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة، وهي بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت، والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت. وقلنا: إنه فاسد بالنقل والعقل، أما الأول فحديث امرأة أشيم، وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق، فيجب أن يكون في حق الزوجين كذلك، لأن وجوبهما أولا للميت، ثم يثبت للورثة، ولا يقع للميت الإبان يسند الوجوب إلى سببه، وهو الجرح، فكان كسائر الأموال في ثبوتهما قبل الموت، ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله، دخلت ديته فيها ويقتص منه ديونه. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٢، والدراية ج٢ص٢٦٩، الحديث١٠١٩. (نعيم)

(٦) بكسر الضاد المعجمة. (ك ضباب: قومي ابست از عرب. (من)

عقل[١]، زوجها أشيم[٢]، ولأنه [٣]حق يجرى فيه الإرث، حتى إن من قتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن، كان القصاص بين الصلبى وابن الابن، فيثبت[٤] لسائر الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكمًا فى حق الإرث، أو يثبت[٥] بعد الموت مستندًا إلى سببه[٦]، وهو الجرح.

وإذا ثبت[٧] للجميع، فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوًا وصلحًا، ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه؛ لأنه لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا[٨] أحد الوليين[٩]؛ لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة؛ لاختلاف القتل والمقتول، وههنا[١٠] واحد لاتحادهما.

وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا؛ لأنه امتنع بمعنًى راجع إلى القاتل[١١]، وليس للعافى شىء من المال؛ لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث سنين. وقال زفر: يجب[١٢] فى سنتين فيما إذا كان[١٣] بين الشريكين، وعفا أحدهما؛ لأن الواجب نصف الدية[١٤]، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ. ولنا أن هذا[١٥] بعض بدل الدم[١٦]، وكله[١٧] مؤجل إلى ثلاث سنين، فكذلك

---

(١) دية.

(٢) قال السيد السند ناقلا عن الزهرى: إن قتل أشيم كان خطأ. (قمر الأقمار)

(٣) قصاص ودية.

(٤) القصاص والدية.

(٥) القصاص والدية.

(٦) والزوجية فى تلك الحالة ثابتة.

(٧) أى حق القصاص.

(٨) فللآخر القصاص.

(٩) للمقتولين.

(١٠) أى فيما نحن فيه.

(١١) قوله: "بمعنًى [هو مراعاة الحرمة لبعض نفسه] راجع إلى القاتل" وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص، فيجب المال كما فى الخطأ، فإن العجز عن القصاص ثمة لمعنى فى القاتل، وهو كونه خاطئًا. (ك)

(١٢) الثلث فى سنة والسدس فى سنة. (ك)

(١٣) قصاص.

(١٤) قوله: "لأن الواجب نصف الدية" يعنى بالعفو، فيكون فى السنة الأولى الثلث، وفى الثانية السدس، كما إذا قطع يد إنسان خطأ. (عناية)

(١٥) نصف.

(١٦) دية.

بعضه[١]، والواجب[٢] في اليد[٣] كل بدل[٤] الطرف، وهو[٥] في سنتين في الشرع[٦]، ويجب[٧] في ماله[٨]؛ لأنه عمد.

قال[٩]: وإذا قتل جماعة واحدا عمدًا[١٠]، اقتص من جميعهم[١١]؛ لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه[١٢]: "لو تمالأ عليه[١٣] أهل صنعاء[١٤] لقتلتهم"، ولأن القتل بطريق التغالب غالب[١٥]، والقصاص مزجرة للسفهاء[١٦]، فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء. وإذا قتل واحد جماعة، فحضر أولياء المقتولين، قتل لجماعتهم، ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له، وسقط حق الباقين.

وقال الشافعي رحمه الله: يقتل بالأول منهم[١٧]، ويجب للباقين المال، وإن

---

(١٧) أي كل بدل الدم.

(١) قوله: "فكذلك بعضه" هذا كالألف إذا كانت مؤجلة إلى ثلث سنين، كان كل درهم منها مؤجلا إلى ثلاث سنين. (ك)

(٢) جواب عن اعتبار زفر.

(٣) المقطوعة خطأ.

(٤) لا بعضه، فلا يقاس عليه.

(٥) أي ما هو الواجب في اليد المقطوعة خطأ.

(٦) قوله: "في سنتين إلخ" إذا كان الواجب ثلث الدية، أو أقل منه، يجب في سنة واحدة، وإذا كان أكثر من الثلث إلى تمام الثلثين يجب في سنتين، وإذا كان أكثر من الثلثين إلى تمام الدية، يجب في ثلاث سنين. (شرح نقاية)

(٧) أي ما يجب من المال.

(٨) أي في مال القاتل، لا على عاقلته.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) المسألة فيما إذا جرح كل وحد منهم جرحًا مزهقًا للروح. (ك)

(١١) قوله: "اقتص من جميعهم" والقياس لا يقتضيه؛ لانتفاء المساواة، لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا، فقضى عمر رضي الله تعالى عنه بالقصاص عليهم، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم"، والتمالؤ: التعاون. (عناية)

(١٢) قوله: "لقول عمر رضي الله تعالى عنه إلخ" روى محمد بن الحسن في "موطئه"، والشافعي في "مسنده"، وكلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل نفرًا خمسة، أو سبعة برجل قتلوه غلية، أي خفية، وقالا: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم. (شرح نقاية)

(١٣) تعاون. (ك)، تمالأ: فراهم آمدن وانبوهى كردن، يقال: تمالأ عليه. (من)

(١٤) من اليمن.

(١٥) قوله: "ولأن القتل بطريق التغالب غالب" فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالبًا إلا باجتماع؛ لأن الواحد يقادم الواحد، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة، فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الإحياء، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله، ويقتل لعلمه أن لا قصاص، فيؤدى إلى سد باب القصاص. (عناية)

(١٦) زجره زجرًا: باز داشتن او را. (من)

اجتمعوا ولم يعرف الأول، قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل: يقرع بينهم، فيقتل لمن خرجت قرعته.

له[١] أن الموجود من الواحد قتلات، والذى تحقق فى حقه قتل واحد، فلا تماثل، وهو القياس فى الفصل الأول[٢]، إلا أنه عرف بالشرع[٣].

ولنا أن كل واحد منهم[٤] قاتل[٥] بوصف الكمال، فجاء التماثل أصله[٦] الفصل الأول، إذ لو لم يكن كذلك[٧] لما وجب القصاص، ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح[٨]؛ للإزهاق، فيضاف[٩] إلى كل واحد منهم، إذ هو لا يتجزأ؛ ولأن القصاص شرع[١٠] مع المنافى[١١]؛ لتحقيق الإحياء، وقد حصل بقتله[١٢]، فاكتفى به[١٣].

قال[١٤]: ومن وجب عليه القصاص إذا مات، سقط القصاص[١٥]؛ لفوات

---

(١٧) قوله: "يقتل بالأول منهم" يعنى أن قتلهم على التعاقب، وأن قتلهم جملة، أو جهل الأول قتل لهم، وقسم الديات بينهم، أو يقرع. (عناية)

(١) شافعى.

(٢) هو ما إذا قتل جماعة واحداً. (م)

(٣) يريد قضية عمر رضى الله تعالى عنه. (م)

(٤) من أولياء القتيل. (ك)

(٥) أى قصاصاً. (ك)

(٦) قوله: "أصله" أى أصل ثبوت التماثل الفصل الأول، وهو ما إذا قتل جماعة واحداً، فالجماعة يقتلون بالواحد إجماعاً، يعنى أن الجماعة إذا قتلوا واحداً اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال، ولو لا هذا لما وجب القصاص، فكذا إذا وقع القتل جزاء، جعل كل واحد منهم مستوفياً حقه على الكمال. (ك)

(٧) قوله: "إذ لو لم يكن كذلك" أى لو لم يكن بين الجمع والواحد مماثلة لما جاز ذلك، وإذا كانت الجماعة مثل الواحد كان العكس كذلك؛ لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من الجانبين. (م)

(٨) قوله: "وجد من كل واحد منهم جرح" أى من كل واحد من الأولياء، وذلك؛ لأنهم لما حضروا وقضى القاضى، إما أن يستوفوا بأنفسهم جميعاً، أو يوكل بعضهم بعضاً فى حقه، أو يوكلوا غيرهم، فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل، فيكون الجرح الصالح للانزهاق موجوداً من كل واحد. (ك)

(٩) الانزهاق، بحيث إنه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بوصف الكمال. (عناية)

(١٠) لقوله عليه السلام: «الآدمى بنيان الرب ملعون من هدمها». (م)

(١١) وهو الحرمة.

(١٢) القاتل.

(١٣) ولا شىء لهم غير ذلك. (عناية)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) ولا يجب للولى شىء من التركة. (جامع الرموز)

محل الاستيفاء، فأشبه موت العبد الجانى، ويتأتى فيه خلاف الشافعى؛ إذ الواجب أحدهما عنده[١].

قال[٢]: وإذا قطع رجلان يد رجل واحد، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية.

وقال الشافعى: يقطع يداهما، والمفروض[٣] إذا أخذا سكينًا، وأمراه على يده حتى انقطعت[٤]، له الاعتبار بالأنفس[٥]، والأيدى تابعة لها[٦]، فأخذت حكمها، أو يجمع بينهما بجامع الزجر[٧].

ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد[٨]؛ لأن الانقطاع حصل باعتماديهما[٩]، والمحل متجزئ[١٠]، فيضاف إلى كل واحد منهما البعض، فلا مماثلة بخلاف النفس؛ لأن الانزهاق لا يتجزأ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار

---

(١) أى القصاص، أو الدية.

(٢) أى القدورى (عينى)

(٣) قوله: "والمفروض [أى محل فرض المسألة]" أى صورة المسألة المختلف فيها بيننا وبين الشافعى فيما إذا أخذا سكينًا واحدًا، ووضعاه في جانب واحد من يده، وأمراه على مفصل يده حتى أبانا يده، أما لو وضع أحدهما السكين من جانب، والآخر من جانب آخر، وأمرا حتى التقى السكّينان، لا يجب القصاص عنده أيضا؛ لأن كلا منهما لم يقطع إلا بعض يده، فلا يقطع به كل يده. وهذا بخلاف النفس، فإنه إذا وضع أحدهما السكّين على حلقه، والآخر على قفاه، وأمرا حتى التقى السكّينان يجب القصاص عليهما؛ لأن القتل إزهاق للحياة، وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ، فيضاف إلى كل واحد منهما كملا. (ك)

(٤) اليد.

(٥) قوله: "الاعتبار بالأنفس" أى اعتباراً بالأنفس، إما لكونها تابعة لها أو أن يجمع بينهما بجامع الزجر. (ع)

(٦) فإن الأطراف تابعة للنفوس.

(٧) أى بين الأيدى والأنفس.

(٨) قوله: "قاطع بعض اليد" لأن القطع هو الفصل بين المتصلين، ونحن نتيقن أن الفصل ههنا بقوة كل واحد منهما، وأن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، ولا معتبر بإمرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو؛ لأن إمرار السكين من غير قطع به وجوده كعدمه، فيكون كل واحد منهما قاطعاً بعض اليد، فلا يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل، والقياس فى النفس هكذا، وإنما تركناه بالأثر والإجماع.

وهذا ليس فى معناها، حتى يلحق بها؛ لأن الفعل فى النفس لا يوصف بالتجزى؛ لأنه تصرف فى الروح، ولا يتصور انزهاق بعضه دون البعض، فأضيف إلى كل واحد كملا ضرورة عدم التجزئ، أما الفعل فى الطرف فيوصف بالتجزئ، ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقى، فيجعل كل واحد منهما قاطعاً للبعض. (ك)

(٩) وثقلهما.

(١٠) قوله: "والمحل [اليد] متجزئ" فإن قطع بعض وترك بعض متصور، فلا يمكن أن يجعل كل واحد قاتلا كملا. (عناية)

الغوث[١]، والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة[٢]، فيلحقه الغوث[٣].

قال: وعليهما نصف الدية؛ لأنه دية اليد الواحدة، وهما قطعاها، وإن قطع واحد يميني رجلين[٤] فحضرا، فلهما أن يقطعا يده[٥]، ويأخذا منه نصف الدية، يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معًا، أو على التعاقب.

وقال الشافعى: فى التعاقب يقطع بالأول[٦]، وفى القران يقرع؛ لان اليد[٧] استحقها الأول، فلا يثبت الاستحقاق فيها[٨] للثانى كالرهن بعد الرهن[٩]، وفى القران اليد الواحدة لا تفى بالحقين، فترجح بالقرعة.

ولنا أنهما استويا فى سبب الاستحقاق[١٠]، فيستويان فى حكمه[١١] كالغريمين فى التركة[١٢]، والقصاص ملك الفعل[١٣] يثبت مع المنافى[١٤]، فلا يظهر إلا فى حق

(١) فرياد رس، والغوث فيه نادر لسرعة وقوعه.

(٢) كشد اليد وإمرار السكين.

(٣) فلا نفع فى الاجتماع.

(٤) قوله: "وإن قطع واحد يمينى رجلين" قيد بذلك؛ لأنه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر، قطعت يداه، ولا يقال: ينتفى المماثلة حينئذ؛ لأنه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة، وهما فوتاه عليه؛ لأن المعتبر فى حق كل واحد ما استوفاه، وليس فى ذلك تفويت جنس المنفعة، ولا زيادة على حقه. (ع)

(٥) اليمنى.

(٦) يد القاطع، والثانى يأخذ الدية.

(٧) أى يد القاطع.

(٨) أى استحقاق القطع.

(٩) قوله: "كالرهن بعد الرهن" رهن شيئًا من إنسان، وسلمه إليه، ثم رهنه من آخر لم يصح الثانى. (ك)

(١٠) قوله: "ولنا أنهما استويا فى سبب [قطع] الاستحقاق" وهو القطع المحسوس، وكونه مشغولا بحق الأول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى، فلا يمنع ثبوت حكمه، ألا ترى أن ملك المولى فى عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه، إذا تقرر سببه، والحق دون الملك. (ك)

(١١) سبب.

(١٢) فإنهما متساويان.

(١٣) قوله: "والقصاص [جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول] ملك الفعل إلخ" يعنى أن القصاص عبارة عن إطلاق الفعل والإطلاق فى الفعل، لا يقتضى حقًا فى المحل، كما فى الاصطياد والاحتشاش، فإن الفعل مملوك، والمحل خلو عنه، فلا يمنع ثبوت الثانى، بخلاف الرهن؛ لأنه لثبوت يد الاستيفاء حكمًا، فإذا ثبت للأول استحال ثبوته للثانى، كما فى الاستيفاء الحقيقى. (ك)

الاستيفاء، أما المحل فخلو[١] عنه، فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن؛ لأن الحق ثابت فى المحل[٢]، وصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب، فتستحق رقبته لهما[٣].

وإن حضر واحد منهما، فقطع يده، فللآخر عليه نصف الدية؛ لأن للحاضر أن يستوفى؛ لثبوت حقه[٤]، وتردد حق الغائب وإذا استوفى[٥] لم يبق محل الاستيفاء، فيتعين حق الآخر فى الدية؛ لأنه أوفى به حقًا مستحقًا[٦].

قال[٧]: وإذا أقر العبد بقتل العمد[٨] لزمه القود، وقال زفر: لا يصح إقراره؛ لأنه يلاقى حق المولى بالابطال، فصار كما[٩] إذا أقر[١٠] بالمال.

ولنا أنه غير متهم فيه؛ لأنه مضر به[١١]، فيقبل، ولأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية، حتى لا يصح[١٢] إقرار المولى عليه بالحدود

---

(١٤) وهو حرمة النفس.

(١) بالكسر: خالى. (م)

(٢) أى حق الاستيفاء للمرتهن.

(٣) أى للمقطوعين يداهما.

(٤) قوله: "لثبوت حقه وتردد حق إلخ" يعنى أن حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر، له فى الاستيفاء موهومة، عسى أن يعفو أو لا يحضر، فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة، والآخر غائب يقضى بالجميع له لذلك. (عناية)

(٥) الحاضر.

(٦) قوله: "لأنه [جانى] أوفى به إلخ" يعنى أنه قضى بجميع طرفه حقًا مستحقًا عليه، فيقضى للآخر بالأرش، بخلاف النفس، فإن هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر، لا يقضى له بشىء، لأن حقه فى الاستيفاء فات بغيبته، فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيًا على الكمال، فلا يجب معه الدية، وليس فى الطرف الواحد وفاء بحقهما، فإنما تعذر على الثانى الاستيفاء بقضاءه بطرفه حقًا مستحقًا عليه. (ك)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "بقتل العمد" إنما قيد بالعمد؛ لأنه لو أقر بالخطأ لا يجوز سواء كان مأذونًا أو محجورًا، أما المحجور فظاهر، وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة. (عناية)

(٩) فلا يصح.

(١٠) العبد.

(١١) فإن المستحق بالقصاص دمه. (ك)

(١٢) قوله: "حتى لا يصح إقرار إلخ" توضيح لبقاءه على الحرية، وكل ما لا يصح إقرار المولى عليه على العبد فيه بمنزلة الحر، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ فيه. (ع)

والقصاص، وبطلان حق المولي[1] بطريق الضمن، فلا يبالي به.

ومن رمى رجلا عمداً، فنفذ السهم منه إلى آخر، فماتا، فعليه القصاص للأول، والدية للثاني على عاقلته؛ لأن الأول عمد، والثاني أحد نوعى الخطأ، كأنه رمى إلى صيد[2]، فأصاب آدميًا، والفعل يتعدد بتعدد الأثر[3].

فصل[4]

ومن قطع يد رجل خطأ[5]، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، أو قطع يده عمداً، ثم قتله خطأ[6]، أو قطع يده خطأ، فبرأت يده، ثم قتله خطأ، أو قطع يده عمداً، فبرأت ثم قتله عمداً، فإنه يؤخذ بالأمرين جميعًا، والأصل فيه[7] أن الجمع بين الجراحات واجب[8] ما أمكن تتميمًا للأول؛ لأن القتل فى الأعم[9] يقع بضربات متعاقبة.

---

(١) جواب عن قول زفر.

(٢) يظن صيداً.

(٣) قوله: "والفعل يتعدد بتعدد الأثر" لأن الرمى الواحد جاز أن يتعدد بتعدد آثاره، فإن الإنسان إذا أرسل سهما يسمي رميا، وإذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمي جرحا، وإذا أصاب ومات يسمى قتلا، وإذا أصاب كوزاً، وفرق تركيبه، يسمى كسراً، وإذا نفذ السهم إلى غير المرمى إليه، صار بمنزلة فعل آخر، وهو فيه مخطى، فيجب الدية. (ك)

(٤) قوله: "فصل" ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد فى فصل على حدة اعتباراً للتناسب. ع)

(٥) قوله: "ومن قطع يد رجل إلخ" اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولا، فإن تخلل بينهما برء، يعتبر كل فعل، ويؤخذ بموجب الفعلين؛ لأن موجب الأول قد تقرر بالبرء، فلا يدخل أحدهما في الآخر، حتى لو كانا عمدين، فللولى القطع والقتل، وإن كانا خطأين يجب دية ونصف دية، وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ، فإن كان القطع عمداً، والقتل خطأ، يجب فى اليد القود، وفى النفس الدية، وإن كان القطع خطأ والقتل عمداً، يجب فى اليد نصف الدية، وفى النفس القود.
وإن لم يتخلل بينهما برء، فإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ، يعتبر كل فعل على حدة، فيجب فى الخطأ الدية، وفى العمد القود، وإن كانا خطأين، يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقا، فيجب دية واحدة اتفاقا، وإن كانا عمدين، فعند أبى يوسف ومحمد يقتل، ولا تقطع.
وعند أبى حنيفة للولى الخيار إن شاء قطع وقتل، وإن شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس، وهو الظاهر، وروى عن نضر بن سلام أنه كان يقول: الخلاف فيما إذا قطع يده فى مجلس وقتله فى مجلس آخر، أما إذا وجدا فى مجلس واحد، يقتل ولا تقطع يده عندهم، ويجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة. (كفاية)

(٦) بعد البرء، أو قبله.

(٧) أى القاعدة الكلية.

(٨) يعنى الاكتفاء بموجب أحد الجراحات. (عناية)

(٩) أى فى غالب الأوقات. (عناية)

وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج[١]، إلا أن لا يمكن الجمع، فيعطى كل واحد حكم نفسه، وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الأولين لاختلاف حكم الفعلين، وفى الآخرين لتخلل البرء، وهو قاطع للسراية[٢]، حتى لو لم يتخلل[٣]، وقد تجانسا[٤] بأن كانا خطأين، يجمع بالإجماع لإمكان الجمع[٥]، واكتفى بدية واحدة. وإن كان قطع يده عمداً، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال: اقطعوه[٦]، ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتلوه، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: يقتل، ولا تقطع يده؛ لأن الجمع ممكن؛ لتجانس الفعلين[٧] وعدم تخلل البرء، فيجمع بينهما. وله أن الجمع متعذر، أما للاختلاف بين الفعلين هذين[٨]؛ لأن الموجب القود[٩]، وهو يعتمد المساواة فى الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، وهو متعذر[١٠]، أو لأن الحز[١١] يقطع إضافة السراية إلى القطع[١٢] حتى لو صدر[١٣] من شخصين يجب القود على الحاز[١٤]، فصار

(١) قوله: "بعض الحرج" فيجعل الثانى متمماً للأول، ويجعل الكل واحداً، إلا أن لا يمكن الجمع إما باختلاف الفعلين وصفا أو موجباً أو تخلل البرء، فحينئذ يعطى كل واحد منهما حكم نفسه. (ع)

(٢) قوله: "وهو قاطع للسراية" فلا جمع أصلا؛ لأن الفعل الأول قد انتهى، فيكون القتل بعده ابتداء، فلا بد من اعتبار كل واحد منهما. (عناية)

(٣) البرء.

(٤) فعلان.

(٥) قوله: "لإمكان الجمع" بانتفاع المانع، وهو تخلل البر والاختلاف. (عناية)

(٦) قوله: "فإن شاء الإمام إلخ" قال شمس الأئمة السرخسى: يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبى حنيفة، وليس كذلك، بل الخيار للمولى، فعلى هذا يكون قوله: فإن شاء الإمام معناه يبن لهم، أن لهم الخيار.(ع)

(٧) فإنهما عمدان.

(٨) إذ الطرف يسلك به مسلك الأموال، بخلاف النفس (ك) فإن أحدهما قتل والآخر قطع.

(٩) أى للقطع عمداً، أو القتل عمداً.

(١٠) قوله: "وهو متعذر [أى حصول المساواة متعذر فى الجمع لخلو القطع، إذ ذاك عن الجزاء. مل]" زيرا چه در تداخل كشته مى شود، وقطع يد خالى مى ماند از جزاء. (ترجمه)

(١١) قوله: أو لأن الحز" أى حزّ الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء، حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص، فكذا إذا كانا من شخص واحد، فيقطع الأولياء يده، ثم يقتلونه إن شاءوا، وإن شاءوا قتلوه من غير قطع؛ لأن القصاص يعتمد المساواة فى الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقةً وحكماً، ولأن المماثلة صورة ومعنى يكون لاستيفاءهما، وبالاكتفاء بالقتل لم يوجد المماثلة إلا معنى، فلا يصار إليه مع القدرة على المماثلة صورة، فيخير الولى. (زيلعى)

(١٢) قوله: "يقطع إضافة السراية إلخ" لأن المحل يفوت به، ولا يتصور السراية بعد فوت المحل، حتى لو

كتخلل البرء[١]، بخلاف ما إذا قطع[٢] وسرى؛ لأن الفعل واحد.

وبخلاف[٣] ما إذا كانا[٤] خطأين؛ لأن الموجب[٥] الدية، وهى بدل النفس من غير اعتبار المساواة[٦]، ولأن أرش اليد[٧] إنما يجب عند استحكام أثر الفعل[٨]، وذلك بالحز[٩] القاطع للسراية، فيجتمع ضمان الكل، وضمان الجزء فى حالة واحدة، ولا يجتمعان، أما القطع والقتل قصاصًا يجتمعان[١٠].

قال[١١]: ومن ضرب[١٢] رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين[١٣]، ومات من

صدر القطع والحز من شخصين، يجب القود على الحاز دون القاطع، ولو لم يكن الحز قاطعًا لسراية القطع، لوجب القود عليهما، فصار كتخلل البرءة. (كفاية)

(١٣) أى القطع والقتل عمدين.

(١٤) ولو كان يعتبر لسراية الطع لما يجب القود على الحاز.

(١) قوله: "فصار إلخ" أى إذا انقطع إضافة السراية إليه صار كتخلل البرء، ولا جمع فيه بالاتفاق. (ع)

(٢) حيث يكتفى بالقتل.

(٣) حيث يجمع إجماعًا.

(٤) قطع وقتل.

(٥) للخطأ.

(٦) قوله: "من غير اعتبار المساواة" بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلا خطأ، يجب عليهم دية واحدة، وإن تعدد الفعل لاتحاد المحل، وإن قتلوارجلا عمدًا قتلواجميعًا به؛ لأن القصاص جزاء الفعل، فيتعدد بتعدد الفعل. (ك)

(٧) قوله: "ولأن أرش إلخ" أرش الجناية لا يتقرر إلا عند تقرر حالها بالبرء، وههنا إنما يتقرر حال القطع بالحز؛ لأنه قاطع بالسراية، وعند الحز لو وجب دية العبد يجتمع ضمان الكل والجزء فى حالة واحدة، ولا يجتمعان إجماعا فى حالة واحدة. (ك)

(٨) قوله: "إنما يجب إلخ" وتقريره: أن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل، يعنى القطع بانقطاع توهم السراية، وذلك إنما يكون بالحز القاطع للسراية، فأرش اليد إنما يجب بالحز القاطع للسراية، وبه يجب ضمان الكل، فيجتمع ضمان الكل، وضمان الجزء فى حالة واحدة، وهى حالة الحز، وفى ذلك تكرار دية اليد؛ لأن ضمان الكل يشملها، والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان. (عناية)

(٩) أى فيما نحن فيه.

(١٠) قوله: "أما القطع [أى فى العمدين] والقتل إلخ" يعنى فإن قيل: قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل، وذلك بالحز القاطع، فيجتمع قصاص الكل والجزء فى حالة واحدة، فلا يجتمعان، قلنا: بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة، وهى إنما تتحق باجتماعهما. (عناية)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) بغير حق.

(١٣) قوله: "فبرأ من إلخ" معناه ضربه تسعين فى موضع، وعشرة فى موضع آخر، فبرأ موضع التسعين، وسرى العشرة. (ك)

عشرة، ففيه دية واحدة[١]، لأنه لما برئ منها[٢] لا تبقى معتبرة في حق الأرش، وإن[٣] بقيت معتبرة في حق التعزير، فبقى الاعتبار للعشرة، وكذلك كل جراحة اندملت[٤]، ولم يبقَ لها أثر على أصل أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل[٥]، وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب.

وإن ضرب رجلا مائة سوط[٦]، وجرحته، وبقى له أثر تجب حكومة العدل[٧]؛ لبقاء الأثر والأرش[٨] إنما يجب باعتبار الأثر في النفس.

قال[٩]: ومن قطع[١٠] يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك[١١]، فعلي القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع[١٢]، وما يحدث منه، ثم مات من ذلك، فهو عفو عن النفس، ثم إن كان[١٣] خطأ، فهو[١٤] من الثلث، وإن كان[١٥] عمداً، فهو من جميع المال، وهذا عند أبي حنيفة[١٦].

---

(١) قوله: "ففيه دية واحدة" قالوا: هذا إذا برأ من تسعين، ولم يبقَ لها أثر أصلا، فإن بقى لها أثر، ينبغى أن يجب عليه حكومة العدل للأسواط، ودية للقتل. (ك)

(٢) تسعين.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "وكذلك كل جراحة إلخ" يعنى مثل إن كانت شجة، فالتحمت ونبت الشعر، فإنها لا تبقى معتبرة لا فى حق الأرش ولا فى حق حكومة عدل، وإنما تبقى فى حق التعزير. (ع)

(٥) قوله: "حكومة عدل" تفسير حكومة العدل أنه لو كان عبداً مجروحاً يقوم كم قيمته، وبدون الجراحة كم قيمته، فيضمن التفاوت الذى بينهما فى الحر من الدية، وفى العبد من القيمة. (ك)

(٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) قوله: "تجب حكومة العدل دون الأرش" لأن حكومة العدل إنما تكون لبقاء الأثر، وهو موجود، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر فى النفس، بأن لم يبرأ، وليس بموجود، وهذا يشير إلى أنه إن لم يكن يجرح فى الابتداء، لا يجب شيء بالاتفاق، وإن جرح واندمل، ولم يبقَ لها أثر، فكذلك كما هو أصل أبى حنيفة، لأنه لم يكن إلا مجرد الألم، وهو لا يوجب شيئاً، كما لو ضرب ضرباً مؤلماً. (ع)

(٨) جواب سوال.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) عمداً أو خطأ.

(١١) قطع.

(١٢) المقطوعة يده.

(١٣) قطع.

(١٤) عفو.

وقالا : إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضًا، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة[١] ، ثم سرى إلى النفس ومات.

لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه[٢] ، وموجبه القطع لو اقتصر، والقتل إذا سرى فكان العفو عنه عفوًا عن أحد موجبيه أيهما كان، ولأن اسم القطع يتناول السارى[٣] ، والمقتصر، فيكون العفو عن القطع عفوًا عن نوعيه[٤] ، وصار كما إذا عفا عن الجناية، فإنه يتناول الجناية السارية، والمقتصرة كذا هذا.

وله أن سبب الضمان قد تحقق[٥] ، وهو قتل نفس معصومة متقومة، والعفو لم يتناوله[٦] بصريحه؛ لأنه عفا عن القطع، وهو غير القتل، وبالسراية تبين أن الواقع قتل، وحقه فيه[٧] ، ونحن نوجب ضمانه، وكان ينبغى أن يجب القصاص، وهو القصاص؛ لأنه[٨] هو الموجب للعمد، إلا أن فى الاستحسان تجب الدية؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة، وهى[٩] دارئة للقود.

---

(١٥) قطع.

(١٦) قوله: "وهذا [التفصيل]عند أبى حنيفة" اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو مما يحدث منه عند أبى حنيفة، خلافًا لهما. (ع)

(١) فهو عفو عن الشجة لا عن النفس عنده، وأما عندهما هو عفو عن النفس أيضًا.

(٢) قوله: "عفو [لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه. ع]عن موجبه" لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو؛ لأنه عرض كما وجد يتلاشى، فيكون المراد موجبه، وموجبه نوعان، القطع إذا اقتصر، والقتل إذا سرى، فيكون عفوًا عنهما، كما لو قال: أبرأتك عن الغصب يكون ذلك إبراء عن الضمان الواجب، وهو رد العين عند قيامه، ورد القيمة بعد هلاكه، وكذلك المشترى إذا أبرأ البائع عن العيب يكون إبراء عن موجبه، وهو الرد عند الإمكان والرجوع بالنقصان عند التعذر. (ك)

(٣) قوله: "يتناول السارى والمقتصر" ألا ترى أن الإذن بالقطع إذن به، وبما يحدث منه، حتى إن من قال لآخر: اقطع يدى فقطعها، ثم سرى إلى النفس لم يضمن، فإذا جعل الإذن بالقطع إذنا له، وبما يحدث منه، فكذا العفو عن القطع؛ لأن العفو فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (ك)

(٤) السارى والمقتصر.

(٥) والمانع منتف.

(٦) كما لو قال: لا قطع لى قبل فلان، فإنه لا يوجب البراءة عن النفس. (ك)

(٧) قوله: "وحقه فيه [قتل]" فما هو حقه لم يعفُ عنه، وما عفى عنه، فليس بحقه، فلا يكون معتبرًا، ألا ترى أن الولى لو قال بعد السراية: عفوتك عن اليد، لم يكن عفوًا، أو قال المجنى عليه: عفوتك عن القتل، واقتصر القطع لم يكن عفوًا، فكذا إذا عفا عن اليد، ثم سرى، وإذا لم يكن العفو معتبرًا أوجب الضمان. (ع)

(٨) قصاص.

(٩) شبهة.

ولا نسلم[١] أن السارى نوع من القطع، وأن السراية صفة له، بل السارى[٢] قتل من الابتداء[٣]، وكذا لا موجب له[٤] من حيث[٥] كونه قطعًا، فلا يتناوله العفو، بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس[٦]، وبخلاف العفو[٧] عن الشجة وما يحدث منها؛ لأنه صريح فى العفو عن السراية والقتل.

ولو كان القطع خطأ، فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقًا[٨] وخلافًا، آذن[٩] بذلك إطلاقه[١٠]، إلا أنه إن كان[١١] خطأ، فهو من الثلث، وإن كان عمدًا، فهو من جميع المال[١٢]؛ لأن موجب العمد القود، ولم يتعلق به حق الورثة[١٣]؛ لما أنه ليس بمال[١٤]، فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه[١٥]، أما الخطأ

(١) قوله: "ولا نسلم إلخ" جواب عن قولهما: فيكون العفو عفوًا عن نوعيه، وفيه نظر؛ لأنه منع كون السراية صفة له، ويقال: سرى القطع، وقطع سار، فكيف يصح منه منع ذلك. والجواب أن المراد صفة منوعة، وهى ليست كذلك، بل هى مخرجة عن حقيقتها، كما يقال: عصير مسكر. (عناية)

(٢) إضراب عن قوله: نوع من القطع. (ع)

(٣) قوله: "قتل من الابتداء" وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح، ولما انزهق الروح، عرفنا أنه كان قتلا. (ع)

(٤) قوله: "وكذا لا موجب له إلخ" جواب عن قوله: والقتل إذا سرى، يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعًا؛ لأنه إذا سرى ومات، تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا، إنما الثابت موجب القتل، وهو الدية، فكان العفو المضاف إلى القطع مضافًا إلى غير محله، فلا يصح، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوًا عن القتل، وهو معنى قوله: فلا يتناوله العفو. (عناية)

(٥) بل له موجب من حيث الاقتصار، أو من حيث السراية.

(٦) فيتناول السارية والمقتصرة.

(٧) فإنه يصح.

(٨) قوله: "وفاقًا" أى إذا قال: عفوت عن الجناية، أو عن القطع، وما يحدث منه، وخلافًا إذا قال: عفوت عن القطع. (ك)

(٩) أعلم.

(١٠) قوله: "إطلاقه" أى إطلاق لفظ "الجامع الصغير"، وهو قوله ومن قطع يد رجل، فعفا المقطوعة يده إلخ، غير متعرض للعمد والخطأ، ومنع الإطلاق بأن قوله: فعلى القاطع الدية فى ماله يدل على أنه فى العمد؛ لأن الدية فى الخطأ على العاقلة، وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة، والجواب إنما هو لأحد نوعيه، وتقديره: فعلى القاتل الدية فى ماله إن كان القطع عمدًا. (ع)

(١١) قطع.

(١٢) قوله: "فهو من جميع المال" أى يسقطه القصاص من جميع المال فى العمد حتى لو كانت الدية زائدة على الثلث لا ينقلب شيء من القصاص مالا؛ لأن المنحصر فى الثلث التبرع بالمال، والقصاص ليس بمال. (ك)

(١٣) قوله: "ولم يتعلق به [قبيل الموت] إلخ" لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل، والقياس فى المال أيضًا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت

فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به، فيعتبر من الثلث[١].

قال[٢]: وإذا قطعت المرأة يد رجل، فتزوجها على يده[٣]، ثم مات[٤]، فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان[٥] خطأ، وإن كان عمدًا، ففي مالها، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوًا عما يحدث منه[٦] عنده[٧]، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجًا على ما يحدث منه.

ثم القطع إذا كان عمدًا يكون هذا تزوجًا على القصاص في الطرف[٨]، وهو ليس بمال[٩]، فلا يصلح مهرًا لا سيما على تقدير السقوط[١٠]، فيجب مهر المثل،

ذلك شرعًا؛ لقوله عليه السلام: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»، وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى، وهو المال، فلو لم يتعلق به لتبصرف فيه، ويتركهم عالة يتكففون الناس، والقصاص ليس بمال، فلا يتعلق به لكنه موروث لأن الإرث خلافة. (ع)

(١٤) قوله: "لما أنه ليس بمال" لأنه ليس إلا بمجرد انتقام، وتشفي صدور، فلا يتعلق حقهم به. (ك)

(١٥) قوله: "كما إذا أوصى [أي تبرع. ع] بإعارة أرضه [كان ذلك من جميع المال؛ لأن المنافع ليست بأموال. ع]" كما إذا أوصى بإعارة أرضه، أي كما لو أعار أرضه في مرض موته، وانتفع بها المستعير، ثم مات المعير كان ذلك من كل المال، ولا يصح إرادة حقيقة الوصية بإعارة أرضه؛ لأن الرواية محفوظة أنه إذا أوصى بإعارة أرضه، ولم يخرج من الثلث، فالحكم فيها التهايؤ، يسكن الموصى له يومًا، والورثة يومين، وإن كان قابلا للقسمة يقسم ويسكن الموصى له في الثلث والورثة في الثلثين. (ك)

(١) قوله: "فيعتبر من الثلث" فإن قيل: القاتل واحد من العاقلة، فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا، حتى صح في نصيب القاتل أيضًا مع أن الوصية لا تصح للقاتل، قلنا: إنما جوز ذلك؛ لأن المجروح لم يقل أو صيت لك بثلث الدية، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعًا مبتدأ، وذلك جائز للقاتل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئًا، وسلم جاز، وقال بعضهم: لا يسقط قدر نصيب القاتل. (ك)

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) أي على موجب يده. (ك)

(٤) قوله: "ثم مات" قيد بالموت في وجوب مهر المثل؛ لأنه لو لم يمت، فتزوجها على اليد، صحت التسمية، ويصير أرش ذلك، وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالإجماع، سواء كان القطع عمدًا أو خطأ، تزوجها على القطع أو على القطع، وما يحدث عنه، أو على الجناية؛ لأنه لما برأ، تبين أن موجبها الأرش دون القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة، والأرش يصلح صداقًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي. (ك)

(٥) قطع.

(٦) عن موجب قطع اليد.

(٧) إمام.

(٨) قوله: "يكون هذا [تزوج] تزوجًا إلخ" فإن قيل: القصاص لايجري في الطرف بين الرجل والمرأة، فكيف يكون تزوجا على القصاص في الطرف، قلنا: القصاص هو الواجب الأصلي نظرًا إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ إلا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع، وهو التفاوت بين طرفيها. (ك)

وعليها الدية في مالها؛ لأن التزوج وإن[١] كان يتضمن العفو على ما نبين[٢] إن شاء الله تعالى، لكن عن القصاص[٣] في الطرف في هذه الصورة[٤]، وإذا سرى[٥] تبين أنه قتل النفس[٦]، ولم يتناوله العفو، فتجب الدية، وتجب في مالها؛ لأنه عمد[٧]، والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه[٨].

وإذا وجب لها مهر المثل، وعليها الدية، تقع المقاصة[٩] إن كانا على السواء، وإن كان في الدية فضل، ترده[١٠] على الورثة[١١]، وإن كان[١٢] في المهر فضل ترده الورثة عليها[١٣]، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا[١٤] تزوجًا على أرش اليد، وإذا سرى[١٥] إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل كما

---

(٩) قوله: "وهو ليس بمال إلخ" فإن قيل: القصاص متقوم في حق من عليه، ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يصح من جميع المال، فيصلح مهرًا كالمنافع، فإنها غير متقومة في ذاتها، ولكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها، صلحت مهرًا، قلنا: القصاص ليس بمتقوم في حق من له، والمهر لا بد أن يتقوم في حق الرجل على الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ (كفاية)

(١٠) قوله: "لا سيما على تقدير السقوط [أي سقوط القصاص]" فإنه إن لم يصلح مهرًا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بالطريق الأولى، والقصاص يسقط ههنا، إما بقبولها التزوج؛ لأن سقوطه متعلق بالقبول، فلما قبلت سقط، وأما باعتبار تعذر الاستيفاء، فإنه لما جعل مهرًا كأنه استوفى. (عناية)

(١) الواو وصلية.

(٢) عن قريب ذيل بيان القول الآتي من أن القصاص لما جعل مهرًا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر.

(٣) أي لكنه عفو إلخ.

(٤) أي العمد.

(٥) القطع.

(٦) لا قطع اليد.

(٧) فلا يتحمله العاقلة.

(٨) من أنه هو الموجب للعمد. (ع)

(٩) قوله: "تقع المقاصة [بين دية الزوج ومهر المرأة]" أي إذا حلت الدية لا في الحال؛ لتأجيل الدية، وحلول مهر المثل. (ك)

(١٠) المرأة

(١١) ورثة الزوج.

(١٢) فضل.

(١٣) مرأة.

(١٤) تزوج.

(١٥) قطع.

إذا تزوجها[١] على ما فى اليد، ولا شيء فيها، ولا يتقاصان ؛ لأن الدية تجب على العاقلة فى الخطأ[٢]، والمهر لها[٣].

قال[٤]: ولو تزوجها على اليد، وما يحدث منها، أو على الجناية، ثم مات من ذلك، والقطع[٥] عمد، فلها مهر مثلها؛ لأن هذا تزوج على القصاص، وهو لا يصلح مهراً، فيجب مهر المثل على ما بيناه[٦]، وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير، ولا شيء له عليها[٧]؛ لأنه لما جعل القصاص مهراً، فقد رضى بسقوطه بجهة المهر، فيسقط أصلا، كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا[٨]، فإنه يسقط أصلا.

وإن كان[٩] خطأ[١٠]، يرفع[١١] عن العاقلة مهر مثلها[١٢]، ولهم ثلث ما ترك[١٣]

---

(١) فيجب مهر المثل.

(٢) قوله: "تجب على العاقلة" لا يقال: بأن الصحيح أنه تجب على القاتل، ثم يتحمل العاقلة، فيكون أصل الوجوب على القاتل، واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة، لأنا نقول: عند بعض المشايخ تجب على العاقلة ابتداء، وعند بعضهم يتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة، والحوالة توجب البراءة، فلا تقع المقاصة. (ك)

(٣) فاختلف ذمة من له وذمة من عليه، وشرط القصاص اتحادهما. (ع)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) الواو حالية.

(٦) من أنه ليس بمال.

(٧) أى لا دية، ولا قصاص.

(٨) قوله: "كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا" بأن قال: أسقطت عنك القصاص بشرط أن يصير مالا، فإنه يسقط أصلا. (ك)

(٩) قطع.

(١٠) فيجب الدية له على عاقلتها.

(١١) أى يسقط.

(١٢) أى قدر مهر المثل .

(١٣) قوله: "ولهم ثلث [أى ثلث ما زاد، أو إلى تمام الدية يكون وصيته. ع] ما ترك" أى وللعاقلة الزيادة على مهر المثل إذا خرج من الثلث، وتتبرأ العاقلة عن ذلك، وإن كانت الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية لا يخرج من ثلث ماله، فبقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة، ويعتبر ذلك وصيته لهم، ويؤدون الباقي إلى ورثة الزوج، وفى الأصح هذا الجواب فيما إذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة. وأما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة، قال بعضهم: يجب أن لا يصح؛ لأنه لا بد، أن يبطل الوصية فى قدر حصتها إذ لا وصية للقاتل، والصحيح أنه يصح؛ لأنه لو لم يصح الوصية فى قدر حصتها لها، يصح فى الكل لغيرها، كما إذا أوصى بثلث ماله لحى وميت، يصح الوصية بكل الثلث للحى، فكان إسقاط

وصية[١]؛ لأن هذا[٢] تزوج على الدية[٣]، وهى تصلح مهراً[٤]، إلا أنه[٥] يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال؛ لأنه مريض مرض الموت، والتزوج من الحوائج الأصلية، ولا يصح[٦] فى حق الزيادة على مهر المثل؛ لأنه محاباة[٧]، فتكون وصية، ويرفع[٨] عن العاقلة؛ لأنهم يتحملون عنها[٩]، فمن المحال أن ترجع[١٠] عليهم بموجب جنايتها. وهذه الزيادة وصية لهم[١١]؛ لأنهم من أهل الوصية؛ لما أنهم ليسوا بقتلة، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط[١٢]، وإن لم تخرج يسقط ثلثه.

وقال أبو يوسف ومحمد: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد؛ لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما، فاتفق جوابهما فى الفصلين[١٣].

قال[١٤]: ومن قطعت يده[١٥]، فاقتص له من اليد، ثم مات[١٦] فإنه يقتل المقتص

كل الدية لا زما، وإن بطلت الوصية فى حصتها فلا معنى للإبطال. (ك)

(١) قوله: "وصية" يعنى أن الزائد على مهر مثلها يكون وصية فى حق العاقلة، فينظر بعد إسقاط مهر المثل، إن كان للميت، وهو الزوج مال سوى الزائد على مهر المثل، والزائد يخرج من الثلث يكون للعاقلة، وإن لم يكن مال يأخذ العاقلة ثلث الزائد على مهر المثل، والثلثان لورثة الزوج. (حميدية)

(٢) تزوج.

(٣) وهو يتضمن العفو، وهو فى مرض الموت وصيته.

(٤) لأنها مال.

(٥) عفو.

(٦) عفو.

(٧) محاباة: فروگذاشت كردن. (من)

(٨) مهر المثل.

(٩) قوله: "لأنهم يتحملون عنها [امرأة]" بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكًا لها، سقط عنه، فلا يغرمون لها. (زيلعى)

(١٠) المرأة.

(١١) قوله: "وهذه الزيادة إلخ" ذكر التمرتاشى وإن كان مهر مثلها مثل الدية، أو أكثر، فلا شىء على العاقلة؛ لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنايتها، فلا يغرمون لها. (ك)

(١٢) قوله: "فإن كانت تخرج إلخ" أى تخرج لهم حال كونه من ثلث ماله، وإن قرئ الثلث بالمصدر فمن متعلق بتخرج. (أعظمى)

(١٣) قوله: "فى الفصلين" يعنى التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفى التزوج على اليد، وما يحدث منها، أو على الجناية، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق، وإلا فالفصول ثلاثة. (عناية)

(١٤) أى محمد. (عينى)

(١٥) عمداً.

منه[١] ؛ لأنه تبين[٢] أن الجناية كانت قتل عمد، وحق المقتص له القود، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود، كمن له القود[٣] إذا استوفى طرف من عليه القصاص. وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص؛ لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه[٤] عما وراءه[٥].

ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظنًا منه أن حقه فيه[٦]، وبعد السراية تبين أنه[٧] في القود، فلم يكن مبرئًا عنه[٨] بدون العلم به، قال[٩]: ومن قتل وليه عمدًا، فقطع[١٠] يد قاتله، ثم عفا[١١]، وقد قضي له بالقصاص[١٢] أو لم يقض، فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه فلا يضمنه. وهذا[١٣] لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزاءها، ولهذا لو لم يعفُ[١٤] لا يضمنه، وكذا[١٥] إذا سرى[١٦] وما برأ[١٧] أو ما عفا وما

(١٦) بالسراية.

(١) قوله: "فإنه يقتل إلخ" ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع، وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه، على ما سيجيء. (ع)

(٢) بالموت بالسراية.

(٣) فلا يسقط القود.

(٤) أي المقتص منه.

(٥) أي عما وراء القطع، وهو القتل.

(٦) أي في القطع.

(٧) أي أن حقه.

(٨) أي عن القود.

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) عمدًا.

(١١) أي أبرأ القاطع القاتل عن القصاص.

(١٢) قوله: "وقد [الواو حالية] قضى له بالقصاص إلخ" وترديد القضاء، وغير القضاء مقدم على العفو. (ك)

(١٣) أي استيفاء الحق.

(١٤) قوله: "ولهذا لو لم يعفُ [وسرى]" هذه المسألة على أربعة أوجه، قطع ثم عفا وبرأ، ولم يسر، أو لم يعف وسرى، أو عفا وسرى أو لم يعف ولم يسر، والمختلف هو الأول، وكذا الثالث أيضًا على الخلاف في الصحيح من الرواية. (ك)

(١٥) أي قطع اليد.

(١٦) وعفا.

سرى[١]، أو قطع ثم حز[٢] رقبته قبل البرء أو بعده، وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه، ثم عفا لا يضمن الأصابع، وله أنه استوفى غير حقه[٣]؛ لأن حقه في القتل، وهذا قطع وإبانة، وكان القياس أن يجب[٤] القصاص[٥]، إلا أنه سقط للشبهة، فإن له أن يتلفه تبعا[٦]، وإذا سقط[٧] وجب المال.

وإنما لا يجب في الحال؛[٨] لأنه يحتمل أن يصير[٩] قتلا بالسراية، فيكون مستوفيا حقه، وملك القصاص في النفس[١٠] ضروري[١١] لا يظهر إلا عند الاستيفاء، أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه[١٢]، فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة[١٣]، بخلاف ما إذا سرى[١٤]؛ لأنه استيفاء، وأما إذا لم يعف[١٥]، وما

---

(١٧) تأكيد لقوله: سرى. (ك)

(١) القطع، أي لم يظهر حاله بعد.

(٢) حز -بالفتح وتشديد راء- بريدن. (م)

(٣) قوله: "وله أنه استوفى غير حقه" لأن استيفاء الطرف قطع، وقد بينا أن حقه في القتل، والقطع غير القتل، وقد استوفاه من نفس متقومة، فإن نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس، فكذلك في حق من له القصاص. (ك)

(٤) على القاطع.

(٥) لأن القطع عمد.

(٦) أي بتبعية إتلاف النفس.

(٧) القصاص.

(٨) قوله: "وإنما لا يجب [المال] في الحال [بل عند البرء]" جواب إشكال، وهو أن يقال: إذا كان القطع غير حقه، وقد استوفاه، وأنه مضمون عليه، فلم لا يجب عليه الضمان في الحال. (ك)

(٩) القطع.

(١٠) قوله: "وملك القصاص إلخ" جواب عن قولهما: إنه استوفى حقه، يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافي، وهو الحرية، كما مر بحيث لايظهر إلا في هذه الأحوال الثلث، وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض، لا يصح التصرف في القاتل بغيرها، والقطع مقصوداً غيرها، فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة، ولا حق له فيه، فيجب الضمان. (ع)

(١١) قوله: "ضروري" لأنه ثابت على منافاة الدليل؛ لأن القاتل حر، والحرية تنافي المملوكية، ولكن يثبت لصيانة الدم المعصوم، وحصول الزجر المقصود بشرعيته، فيقدر بقدر ما تدفع به الضرورة، والضرورة تدفع بظهوره عند الاستيفاء، أو العفو، أو الاعتياض بالصلح؛ لأن هذه الأشياء تصرف فيه، أي في القاتل أو في القصاص، أما كون الاستيفاء تصرفا فيه فظاهر، وكذلك العفو؛ لأنه إسقاط، وإسقاط الشيء تصرف فيه، وكذا الاعتياض، فأما قبل الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض فلا ضرورة، فلا يظهر الملك، فيجب الضمان بإتلافه. (ك)

(١٢) أي أن كل واحد من الاستيفاء، والعفو، والاعتياض.

سرى .

قلنا : إنما يتبين كونه قطعًا بغير حق بالبرء ، حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف[١] ، وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء ، فهو استيفاء ، ولو حز بعد البرء ، فهو على هذا الخلاف[٢] ، هو الصحيح ، والأصابع[٣] وإن[٤] كانت تابعة قيامًا بالكف[٥] ، فالكف تابعة لها غرضًا[٦] ، بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه .

قال[٧] : ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه ، ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبى حنيفة .

وقالا : لا يضمن ، لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة ؛ لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الاحترازعن السراية ليس فى وسعه ، فصار كالإمام[٨] والبزاغ[٩] والحجام[١٠] والمأمور بقطع اليد .

---

(١٣) قوله: "فأما قبل ذلك" يعنى قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة، يريد به القطع، فلم يظهر يعنى ملك القصاص لعدم الضرورة. (ع)

(١٤) جواب عن قولهما: وكذا إذا سرى، وما برأ.

(١٥) قوله: "وأما إذا لم يعفُ [جواب عن قولهما: أو ما عفا، وما سرى. ع] إلخ" أى وقتيكه عفو نكند وبه شدن زخم ظاهر نشود ديت واجب نمى شود بجهت آنكه احتمال ست كه سرايت نمايد ومستوفى حق خود گردد.

(١) يعنى فلا يكون مستشهداً به، وكذلك قوله هو الصحيح. (ع)

(٢) فلا يكون مستشهداً به.

(٣) قوله: "والأصابع إلخ" جواب عن قولهما وصار كما إذاكان له قصاص فى الطرف، فقطع أصابعه، ثم عفا، وهو أن الأصابع وإن كانت تابعة للكف قيامًا به، فالكف تابعة لها غرضا؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع، وأنها أصل فى الضمان أيضًا، ولكل إصبع أرش مقدر، بخلاف الكف، فلما صارت أصلا كان للمقطوع حق الاستيفاء قصداً، ويكون استيفاءها كاستيفاءها الكف، بخلاف الطرف؛ لأنها تابعة للنفس من كل وجه. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) تحصيلا.

(٦) وهو البطش.

(٧) لم يقع ههنا قال: موقعه (عينى)، أى فى "الأصل"، ذكره تفريعًا وليست بمذكورة فى البداية.(ب)

(٨) قوله: "فصار كالإمام" أى إذا قطع يد السارق فسرى، ومات لا شيء عليه، والبزاغ والحجام إذا فعلا فعلا معتاداً، والمأمور بقطع اليد، كما إذا قال لرجل: اقطع يدى، فقطع يده فمات المقطوع من القطع، لا شيء عليه، وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية، فلم يجز أن يكون ابتداء الجناية مباحًا، وسرايتها مضمونة. (ك)

وله أنه قتل بغير حق؛ لأن حقه فى القطع، وهذا وقع قتلا، ولهذا لو وقع ظلمًا[١] كان قتلا، ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة فى مجرى العادة[٢]، وهو مسمى القتل[٣]، إلا أن القصاص سقط للشبهة، فوجب المال.

بخلاف ما إذا استشهدا به من المسائل؛ لأنه[٤] مكلف فيها بالفعل، إما تقلُّدًا كالإمام أو عقدًا كما فى غيره منها[٥]، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة[٦] كالرمى[٧] إلى الحربى، وفيما نحن فيه لا التزام[٨] ولا وجوب، إذ هو مندوب إلى العفو، فيكون من باب الإطلاق، فأشبه الاصطياد[٩].

باب الشهادة في القتل[١٠]

قال[١١]: ومن قتل[١٢]، وله ابنان حاضر وغائب، فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم قدم الغائب[١٣]، فإنه يعيد البينة عند أبى حنيفة.

---

(٩) بزوغ: نشتر زدن.

(١٠) خون كشنده. (م)

(١) أى قطع اليد ثم السراية.

(٢) يعنى أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة. (ك)

(٣) أى الجرح المفضى إلى فوات الحياة فى مجرى العادة.

(٤) أى لأن الفاعل.

(٥) قوله: "كما فى غيره [فيه أنه ليس فى المأمور بقطع اليد عقد] منها" أى من المسائل، يعنى البزاغ والحجام، فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة والواجبات إلخ . (ع)

(٦) لئلا يكون تكليف ما ليس فى الوسع. (كافى)

(٧) قوله: "كالرمى" أى أنه ما قصد قتله، وإنما قصد استيفاء حقه، فيكون كما لو رمى إلى صيد فأصاب إنسانًا، أو إلى حربى فأصاب مسلما، فيكون بمنزلة الخطأ. (تاج الشريعة)

(٨) قوله: "لا التزام ولا وجوب" لأن العفو مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ فيكون من باب الإطلاق، أى الإباحة، فأشبه الاصطياد، ولو رمى إلى الصيد فأصاب إنسانًا ضمن، كذا ههنا.(ع)

(٩) أى فى الإباحة، والإباحة تتقيد بوصف السلامة. (ك)

(١٠) قوله: "باب الشهادة إلخ" لما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد، فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة، فبين الشهادة فيه فى باب على حدة. (م)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) عمدًا.

(١٣) قوله: "ثم قدم الغائب إلخ" واجمعوا على أن القاتل يحبس إلى أن يحضر الغائب؛ لأنه صار متهمًا بالقتل، والمتهم يحبس، وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص لم يحضر الغائب؛ لأن المقصود من القضاء الاستيفاء، والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالإجماع. (ك)

وقالا: لا يعيد، وإن كان[١] خطأ لم يعدها بالإجماع، وكذلك الدين[٢] يكون لأبيهما على آخر.

لهما في الخلافية أن القصاص[٣] طريقه طريق الوراثة[٤] كالدين، وهذا لأنه عوض عن نفسه[٥]، فيكون الملك فيه لمن له الملك[٦] في المعوض[٧]، كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالا يكون[٨] للميت.

ولهذا يسقط بعفوه[٩] بعد الجرح قبل الموت، فينتصب أحد الورثة[١٠] خصما عن الباقين، وله أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة[١١].

ألا ترى أن ملك القصاص[١٢] يثبت بعد الموت، والميت ليس من أهله، بخلاف الدين والدية[١٣]؛ لأنه من أهل الملك في الأموال[١٤]، كما إذا نصب شبكة[١٥]،

---

(١) القتل.

(٢) أي لم يعد البينة بالإجماع. (كافي)

(٣) قوله: "أن القصاص إلخ" الحاصل أن استيفاء القصاص حق الوارث عنده، وحق المورث عندهما، وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحساناً للتدافع، والقياس عدم الجواز، أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد، وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه. ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك، كان حكمه حكم الدين، وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين واستدلا على أن طريقه طريق الوراثة بقوله، وهذا لأنه عوض نفسه قال الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾، فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية، ولهذا لو انقلب ما لا يكون للميت يقضى به ديونه، وينفذ منه وصاياه. (ع)

(٤) بأن يثبت الملك للمورث ثم للوارث. (حميدية)

(٥) مقتول.

(٦) هو المورث.

(٧) وهو النفس.

(٨) المال.

(٩) الميت.

(١٠) مرتبط بقوله: طريقه طريق الوراثة.

(١١) قوله: "وله" أي لأبي حنيفة أن طريقه طريق الخلافة، وهو أن يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد إذا قبل الهبة، فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة؛ لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص، لكونه ملك الفعل، ولا يتصور الفعل من الميت، والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء، ثم للورثة. (عناية)

(١٢) وهو ملك الفعل. (ك)

(١٣) جواب عن قولهما: كالدين، وكما في الدية.

(١٤) ولهذا يكفن من ماله، ويقضى ديونه من ماله. (ك)

(١٥) أي للاصطياد. (ك)

وتعقل[١] بها صيد بعد موته، فإنه يملكه[٢]، وإذا كان طريقه[٣] الإثبات ابتداء[٤] لا ينتصب إحدهم خصما عن الباقين، فيعيد البينة[٥] بعد حضوره.

فإن كان أقام القاتل البينة، أن الغائب قد عفا، فالشاهد[٦] خصم[٧]، ويسقط القصاص؛ لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص إلى مال، ولا يمكنه إثباته[٨] إلا بإثبات العفو من الغائب، فينتصب الحاضر خصما عن الغائب، وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً، وأحد الرجلين غائب، فهو على هذا؛ لما بيناه[٩].

قال[١٠]: فإن كانت الأولياء ثلاثة، فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا[١١]، فشهادتهما باطلة، وهو عفو منهما[١٢]؛ لأنهما يجران[١٣] بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً[١٤]، وهو انقلاب القود مالا، فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً، معناه إذا صدقهما وحده[١٥]؛ لأنه لما صدقهما، فقد أقر بثلثى الدية لهما، فصح إقراره إلا أنه يدعي سقوط حق المشهود عليه، وهو ينكر[١٦]، فلا يصدق ويغرم نصيبه[١٧]، وإن كذبهما[١٨] فلا شيء لهما، وللآخر ثلث الدية.

---

(١) أى نشب وعلق مصنوع غير مسموع. (مغرب)

(٢) صيد.

(٣) قصاص.

(٤) للورثة.

(٥) الغائب.

(٦) أى الحاضر.

(٧) فيقبل بينة القاتل بحضور الشاهد.

(٨) دعوى.

(٩) أى على هذا الخلاف.

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) عن القصاص.

(١٢) قوله: "وهو عفو منهما" لأنهما بالشهادة زعما أن القود قد سقط، وزعمهما يعتبر فى حقهما. (ك)

(١٣) تعليل لقوله: فشهادتهما باطلة. (ع)

(١٤) نفعاً.

(١٥) قوله: "إذا صدقهما وحده" أى صدقهما القاتل وحده وكذبهما المشهود عليه فى شهادتهما بعفو الثالث، وإنما قيد بهذا لأنه إذا صدقهما القاتل، والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثى الدية للشاهدين لا غير؛ لأنهما ادعيا على القاتل المال، وصدقهما القاتل فيه، ولا يضمن للمشهود عليه شيئاً؛ لأنه أقر بالعفو حيث صدق الشاهدين. (ك)

(١٦) أى المشهود عليه.

(١٧) أى نصيب المشهود عليه.

معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً[1]، وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص، فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا، فلا يقبل إلا بحجة، وينقلب نصيب المشهود عليه مالا؛ لأن دعواهما العفو عليه[2]، وهو منكر[3] بمنزلة ابتداء العفو منهما[4] في حق المشهود عليه؛ لأن سقوط القود مضاف إليهما، وإن صدقهما المشهود عليه وحده[5]، غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه[6] لإقراره له بذلك[7].

قال[8]: وإذا شهد الشهود أنه ضربه، فلم يزل صاحب فراش، حتى مات فعليه القود، إذا كان عمداً[9]؛ لأن الثابت بالشهادة[10] كالثابت معاينة[11]، وفي ذلك[12] القصاص على[13] ما بيناه، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه؛ لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش، حتى مات،

---

(١٨) قوله: "وإن كذبهما" أي المشهود عليه، معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً، وإنما قيد بهذا؛ لأنه إذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثًا، وذلك لأنهما بالشهادة أقرا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما ما لا، وقد أقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل، فلزمه ثلثا الدية لهما، وثلث الدية للمشهود عليه؛ لأنه ما أقر بسقوط القصاص وإنما سقط القصاص بإقراره غيره. (ك)

(١) أي لا وحده، بل مع المشهود عليه. (أعظمى)

(٢) أي على المشهود عليه.

(٣) خبر، والواو حالية.

(٤) قوله: "وإن صدقهما [بأن قال: عفوت عليه والقاتل يقول: ما عفا عني. حميدية] المشهود عليه وحده" يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لإقراره بذلك، وفي بعض النسخ ولكن يصرف ذلك إلى الشاهدين، وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه شيء؛ لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه، وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه للشاهدين، أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا. والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا، فصار مقراً لهما بما أقر به، له القاتل فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بألف درهم، وقال المقر له: هذه الألف ليست لي، ولكنها لفلان جاز، وصارت لفلان كذا هذا. (عناية)

(٥) قوله: "غرم القاتل إلخ" لأنه أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه. (ك)

(٦) قاتل.

(٧) أي للمشهود عليه.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) احترز به عن الخطأ.

(١٠) أي لأن العمد الثابت بالشهادة كالعمد الثابت معاينة.

(١١) في تحقق اليقين.

(١٢) عمد.

(١٣) في أوائل كتاب الجنايات.

وتأويله إذا شهدوا[١] أنه ضربه بشيء جارح[٢].

قال[٣]: وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام[٤]، أو في البلد[٥]، أو في الذي كان به القتل[٦]، فهو باطل؛ لأن القتل لا يعاد، ولا يكرر، والقتل في زمان، أو في مكان غير القتل في زمان، أو مكان آخر، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح؛ لأن الثاني عمد والأول شبه العمد، ويختلف أحكامهما، فكان على كل قتل شهادة فرد.

وكذا إذا قال أحدهما: قتله بعصًا، وقال الآخر: لا أدري بأي شيء قتله، فهو باطل؛ لأن المطلق يغاير المقيد[٧].

قال[٨]: وإن شهدا أنه قتله، وقالا: لا ندري بأي شيء قتله، ففيه الدية استحسانًا، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به.

وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق، والمطلق ليس بمجمل[٩]، فيجب أقل موجبيه، وهو الدية، ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة[١٠] على إجمالهم

---

(١) قوله: "وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح" لأنه إذا لم يكن كذلك، لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم، قيل: الشهود وإن شهدوا على الضرب بشيء جارح، ولكن قد يكون خطأً، فكيف يثبت القود.
وأجيب: بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه؛ لأنه لو كان مخطئًا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه، وأقول: هذا ليس بوارد على صاحب "الهداية"؛ لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمدًا، نعم! يرد على عبارة "الجامع الصغير"، ولهذا احترز عنه المصنف. (عناية)

(٢) كالسيف وما يجرى مجراه، وإنما أول بالجارح؛ ليكون المسألة مجمعًا عليها. (ك)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "في الأيام" بأن شهد أحدهما أن القتل كان في يوم الخميس، وشهد الآخر أنه كان في يوم الجمعة. (ك)

(٥) قوله: "أو في البلد" بأن شهد أحدهما أن القتل في بلد كذا، وشهد الآخر أنه كان في بلد آخر. (ك)

(٦) أي في الآلة. (ك)

(٧) قوله: "يغاير المقيد [فإن المطلق يوجب الدية في ماله، والمقيد بالعصا على العاقلة. ع]" لأنه يحتمل أن يكون عمدًا، ويحتمل أن يكون شبه عمد، ويحتمل أن يكون خطأً، والقتل بالعصا شبه عمد، فلم يثبت الاتفاق في المشهود به، والاتفاق شرط. (ك)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "والمطلق ليس بمجمل [فإن المطلق ما يدل على ذات مبهمة، والمجمل ما ازدحمت فيه المعاني]" فإن المطلق ممكن العمل، ألا ترى أن الله تعالى أوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة، ووجب العمل به، ولو كان مجملا لما وجب العمل به، كذا ذكره الإمام الكسائي. (ك)

(١٠) قوله: "ولأنه يحمل إجمالهم [شهود] إلخ" فيه صنعة التجنيس التام، فإن الأول بمعنى الإبهام، والثاني بمعنى الصنع، وهو الإحسان، وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال الشهود في قولهم: لا ندرى بأي شيء قتله، أما صادقون، أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب، وعلى كلا التقديرين يجب أن لا يقبل

بالمشهود عليه [١] سترا عليه، وأوّلوا كذبهم فى نفى العلم [٢] بظاهر ما ورد* بإطلاقه [٣] فى إصلاح ذات البين [٤]، وهذا فى معناه [٥]، فلا يثبت الاختلاف بالشك [٦]، وتجب الدية فى ماله؛ لأن الأصل فى الفعل العمد، فلا يلزم [٧] العاقلة.

قال [٨]: وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانًا، فقال الولي: قتلتماه جميعًا [٩]، فله أن يقتلهما. وإن شهدوا علي رجل أنه قتل فلانًا وشهد آخرون على آخر بقتله، وقال الولى: قتلتماه جميعًا، بطل ذلك كله والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل [١٠]، ووجوب القصاص، وقد حصل التكذيب فى الأول من المقر له [١١]. وفى الثانى من المشهود له [١٢]، غير أن تكذيب المقَر له المقِر فى بعض ما أقر به [١٣] لا يبطل إقراره فى الباقى [١٤]، وتكذيب المشهود له

شهادتهم؛ لأنهم إن صدقوا يمتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا فكذلك؛ لأنهم صاروا فسقة، ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، ويحمل إجمالهم إلخ . (ع)

(١) أى إحسانهم فى حقه بالستر عليه. (ك)

(٢) قوله: "وأولوا [فلا يكونون فسقة] إلخ" أى الشهود أولوا قولهم: لا ندرى، مع أنهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث بإطلاق الكذب بإطلاقه، أى بتجويز الكذب فى إصلاح ذات البين، وهو قوله عليه السلام: «ليس بكذاب من يصلح بين اثنين». (كفاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٤، والدراية ج٢ ص٢٧٠ تحت الحديث١٠١٩. (نعيم)

(٣) قوله: "بإطلاقه [أى بإباحته]" يحتمل أن يرجع الضمير إلى ما هو الحديث الوارد فى حل الكذب فى إصلاح ذات البين، والأصح أن يرجع إلى الكذب. (حميدية)

(٤) قوله: "فى إصلاح إلخ" ذات الشيء نفسه وحقيقته، والمراد ما أضيف إليه، ومنه إصلاح ذات البين أى إصلاح أحوال بينكم، حتى لا تكون أحوال ألفة ومحبة. (من)

(٥) قوله: "وهذا فى معناه" أى ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل فى معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب ههنا، كما أن الإصلاح مندوب هناك، فكان ورود الإطلاق والتجويز هناك ورودًا ههنا. (كفاية)

(٦) قوله: "فلا يثبت الاختلاف [أى اختلاف الفعل والآلة] إلخ" يعنى إذا احتمل أن يكونوا عالمين، وأجملوا، واحتمل أن لا يكونوا كذلك، وقع الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك. (عناية)

(٧) العمد.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "فقال الولى: قتلتماه إلخ" ولو قال الولى: صدقتما بدل قوله: قتلتماه، لم يكن له أن يقتل واحدًا منهما؛ لأن معنى قوله صدقتما تصديق كل واحد بانفراده، وفيه تكذيب الآخر فى الجميع، فهو تكذيب لهما. (مل)

(١٠) من كل منهما.

(١١) أى الولى.

(١٢) أى الولى.

(١٣) قوله: "فى بعض ما أقرّ به" قيد بالبعض؛ لأن تكذيب المقر له فى كل ما أقر به رد لإقراره، فيبطل به. (ك)

الشاهد في بعض ما شهد[١] به، يبطل شهادته أصلا؛ لأن التكذيب تفسيق، وفسق الشاهد يمنع القبول[٢]، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار[٣].

باب[٤] في اعتبار حالة القتل

قال[٥]: ومن رمى مسلمًا، فارتد المرمى إليه -والعياذ بالله- ثم وقع به السهم[٦]، فعلى الرامي الدية[٧] عند أبي حنيفة.

وقالا: لا شيء عليه؛ لأنه بالارتداد سقط تقوم نفسه، فيكون مبرئًا[٨] للرامي عن موجبه[٩]، كما إذا أبرأه[١٠] بعد الجرح قبل الموت.

وله أن الضمان يجب بفعله[١١]، وهو الرمي إذ لا فعل منه[١٢] بعده[١٣]، فيعتبر حالة الرمي والمرمى إليه فيها[١٤] متقوّم[١٥]، ولهذا[١٦] يعتبر حالة الرمي في حق الحل[١٧]، حتى لا يحرم[١٨] بردة الرامي بعد الرمي، وكذا في حق التكفير[١٩]، حتى

---

(١٤) قوله: "لا يبطل إقراره في الباقي" فإن من أقر بألف درهم، وصدقه المقر له في النصف، صح الإقرار فيما صدقه. (ع)

(١) الشاهد.

(٢) فلا يقبل شهادتهما.

(٣) فيصح إقرارهما.

(٤) قوله: "باب" لما كانت الأحوال صفات لذواتها، ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به. (ع)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) بعد الارتداد.

(٧) لورثة المرتد. (ع)

(٨) قوله: "فيكون مبرئًا إلخ" لأن من له الحق متى أخرج المتقوم عن التقوم يصير مبرئًا للضامن عن الضمان، كالمغصوب منه إذا أعتق المغصوب يصير مبرئًا للغاصب عن الضمان. (ك)

(٩) رمي.

(١٠) قوله: "كما إذا أبرأه [فيحصل البراءة]" أي ابرأ الرامي عن الجناية أو حقه بعد الجرح أي انعقاد سببه، وهو الرمي. (ع)

(١١) رامي.

(١٢) رامي.

(١٣) رمي.

(١٤) أي في حالة الرمي.

(١٥) لإسلامه.

(١٦) إيضاح لاعتبار وقت الرمي.

جاز بعد الجرح قبل الموت.

والفعل[١] وإن[٢] كان عمداً، فالقود سقط للشبهة[٣]، ووجب الدية[٤]، ولو رمى إليه، وهو[٥] مرتد، فأسلم ثم وقع به السهم، فلا شيء عليه في قولهم جميعاً.

وكذا إذا رمى حربياً[٦]، فأسلم[٧]؛ لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل، فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك.

قال[٨]: وإن رمى عبداً، فأعتقه مولاه، ثم وقع[٩] السهم به، فعليه قيمته[١٠] للمولى عند أبي حنيفة. وقال محمد: عليه فضل[١١] ما بين قيمته[١٢] مرمياً إلى غير مرمي، وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة.

له[١٣] أن العتق قاطع للسراية[١٤]، وإذا انقطعت[١٥] بقي مجرد الرمي، وهو[١٦]

---

(١٧) قوله: "يعتبر حالة الرمي إلخ" أي إذا رمى صيداً، ثم ارتد-والعياذ بالله- ثم أصاب، فإن ردته بعد الرمي لا تحرم؛ لأن فعله ذكاة شرعاً، وقد تم موجباً للحل بشرط، وهو التسمية. (م)

(١٨) الصيد.

(١٩) قوله: "وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت" والجرح سبب الموت، فصار كأنه قتله حين جرحه، والرمي سبب الجرح، فيصح التكفير قبل الإصابة أيضاً. وفي "الجامع الصغير" لقاضي خان: فيصير قاتلا من وقت الرمي، ولهذا لو كانت الجناية خطأ، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، صح تكفيره. (ك)

قوله: "وكذا في حق إلخ" أي إذا كانت الجناية خطأ، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، فإنه صحيح، وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف: حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لإمكان اعتبار وقت الإصابة هناك. (م)

(١) قوله: "والفعل إلخ" أي فإن قيل: إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته، والفعل عمد، فالواجب القصاص، أجاب بقوله: والفعل وإن كان إلخ. (م)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "للشبهة" أي الشبهة الثابتة من اعتبار حالة الإصابة. (عناية)

(٤) في ماله.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وكذا [أي لا شيء عليه] إذا رمى إلخ" ونوقض بما إذا رمى إلى صيد في الحل، فدخل الحرم، ثم أصابه السهم، فمات وجب الجزاء على الرامي، وأجيب: بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل، ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته، وهذا لا يكون أقل من ذلك. (عناية)

(٧) ثم وقع به السهم.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) فمات.

(١٠) عبد.

(١١) قوله: "عليه فضل إلخ" حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم، وبعده ثمان مائة لزمه مأتان. (ت)

(١٢) عبد.

جناية ينتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمى، فيجب ذلك[١].

ولهما أنه[٢] يصير قاتلا من وقت الرمى[٣]؛ لأن فعله الرمى، وهو[٤] مملوك[٥] فى تلك الحالة[٦]، فتجب قيمته[٧].

بخلاف القطع والجرح[٨]؛ لأنه إتلاف بعض المحل[٩]، وأنه يوجب الضمان للمولى[١٠]، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد، فتصير النهاية مخالفة

---

(١٣) قوله: "له" أى لمحمد أن العتق قاطع إلخ، كما إذا قطع يد عبد، أو جرحه ثم أعتقه المولى، ثم سرى، فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيء، أى لا يضمن دية ولا قيمة، وإنما يضمن النقصان فكذلك ههنا، وهذا لأن توجه السهم عليه أوجب إشرافه على الهلاك، فصار ذلك كالجرح الواقع به. (ك)

(١٤) قوله: "قاطع للسراية" لاشتباه من له الحق؛ لأن المستحق حالة ابتداء الجناية المولى، وحال الإصابة العبد لحريته، فصار العتق بمنزلة البرء. (ع)

(١٥) السراية. (ع)

(١٦) رمى.

(١) فضل.

(٢) رامى.

(٣) قوله: "يصير قاتلا إلخ" وهو ظاهر على مذهب أبى حنيفة، فإنه يعتبر وقت الرمى، وأما أبو يوسف فيحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلمًا، فارتد -والعياذ بالله- قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة، وههناك حالة الرمى، وهو أن المرمى إليه خرج بالارتداد عن أن يكون معصومًا، والضمان يعتمد صفة العصمة، فلا يجب الضمان بالمنافى، وأما الإعتاق فإنه لا ينافى العصمة، فيجب عليه ضمان قيمته للمولى، ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى، إلا فى صورة الارتداد. (ع)

(٤) عبد.

(٥) فيعتبر قيمته يومئذ. (ك)

(٦) أى حالة الرمى.

(٧) قوله: "فتجب قيمته [عبد]" لأن الفعل انعقد من الابتداء موجبًا للقيمة، فلا تتغير باعتراض الحرية. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف القطع والجرح إلخ" جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادًا على قطع السراية، وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل، ولا نسلم تحققه فى المتنازع فيه؛ لأن الرمى قبل الإصابة إلخ. (ع)

(٩) قوله: "لأنه إتلاف إلخ" لأنه اتصل الفعل بالمحل، وتأثر به المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد، فيلزم مخالفة نهاية الفعل بدايته، فلا بد من أن يجعل العتق قاطعًا للسراية بهذه الضرورة، ولا ضرورة فى الرمى؛ لأنه لا أثر له فى المحل قبل الوصول، وإنما يقل الرغبات فيه، فلا يجب به ضمان، فلا يلزم المخالفة فى البداية والنهاية فى استحقاق الضمان، فيجب القيمة للمولى.

ومحمد يحتاج إلى الفرق أيضًا، فإنه لم يعتبر ههنا، لا حالة الرمى، ولا حالة الإصابة، وفيما تقدم مع أبى يوسف.

ولمحمد أن نهاية الجناية مخالفة لابتداءها، فلا يمكن اعتبارهما معًا؛ لأن ذلك يوجب أن يكون الواجب مشتركًا بين المولى والعبد، والفعل لم ينعقد موجبًا لهذا، ولا اعتبار أحدهما دون الآخر، فيصار إلى ما ذكر من اعتبار الفضل، بخلاف الأول، فإنه بالارتداد يكون مبرئًا، فيسقط الضمان. (ك)

للبداية. أما الرمى قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء؛ لأنه لا أثر له[١] فى المحل، وإنما قلت الرغبات فيه[٢]، فلا يجب به ضمان، فلا تتخالف النهاية والبداية، فيجب قيمته[٣] للمولى، وزفر وإن[٤] كان يخالفنا فى وجوب القيمة[٥] نظراً إلى حالة الإصابة[٦]، فالحجة عليه ما حققناه[٧].

قال[٨]: ومن قضي عليه بالرجم، فرماه رجل، ثم رجع أحد الشهود، ثم وقع به السهم، فلا شيء على الرامي[٩]؛ لأن المعتبر حالة الرمي، وهو مباح الدم فيها.

وإذا رمي المجوسي صيداً، ثم أسلم، ثم وقعت الرمية بالصيد، لم يؤكل، وإن رماه وهو[١٠] مسلم، ثم تمجس[١١] -والعياذ بالله- أكل؛ لأن المعتبر حال الرمى فى حق الحل والحرمة؛ إذ الرمي هو الذكاة، فتعتبر الأهلية، وانسلابها عنده[١٢].

ولو رمي المحرم صيداً، ثم حل[١٣] فوقعت الرمية بالصيد، فعليه الجزاء، وإن رمى حلال[١٤] صيداً، ثم أحرم، فلا شيء عليه؛ لأن الضمان إنما يجب بالتعدى، وهو رميه فى حالة الإحرام، وفى الأول هو محرم وقت الرمى، وفى الثانى حلال، فلهذا افترقا، والله أعلم بالصواب.

---

(١٠) لأنه ورد على محل مملوك له. (زيلعى)

(١) رمى.

(٢) عبد.

(٣) عبد.

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى يجب الدية عنده نظراً إلى حالة الإصابة. (ك)

(٦) فإنه حر فى حالة الإصابة.

(٧) آنفًا من أنه يصير قاتلا من وقت الرمي.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "فلا شيء على الرامى" ففى هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمى بالإجماع، فظهر من هذا أن المعتبر حالة الرمى عندهما أيضاً، إلا أن المرمى إليه فيما إذا رمى مسلماً فارتد، ثم أصابه صار مبرئًا للرامي عن ضمان الجناية، فلم يجب شيء، بخلاف هذه المسائل. (ك)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى صار مجوسياً.

(١٢) أى عند الرمى.

(١٣) أى خرج من الإحرام.

(١٤) غير محرم.

كتاب الدِّيات[١]

قال[٢]: وفي شبه العمد دِيَةٌ[٣] مغلّظة على العاقلة، وكفارةٌ على القاتل، وقد بيّناه في أول الجنايات[٤].

قال[٥]: وكفارته[٦] عتق رقبة مؤمنة؛ لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾[٧] الآية، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص، ولا يجزئ فيه الإطعام؛ لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوقيف[٨]، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء[٩]؛ أو لكونه كل المذكور على ما عرف[١٠].

ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم؛ لأنه مسلم به[١١]، والظاهر سلامة أطرافه، ولا يجزئ ما في البطن؛ لأنه لم تعرف حياته[١٢] وسلامته[١٣].

قال[١٤]: وهو الكفارة[١٥] في الخطأ؛ لما تلوناه[١٦]، وديته[١٧] عند أبي حنيفة

---

(١) قوله: "كتاب الديات" قدم القصاص لأنه الأصل، وصيانة الحياة والأنفس فيه أقوى، والدية كالحلف له، ولهذا تجب بالعوارض كالخطأ، وما في معناه. (رد المحتار)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "دِيَةٌ" الدية لغةً: مصدرٌ من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل للمال الذي هو بدل النفس: الدية تسمية بالمصدر، والأرش اسم للواجب على ما دون النفس. (ك)

(٤) أي بينا شبه العمد. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) شبه عمد.

(٧) ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾.

(٨) أي بتوقيف الشارع.

(٩) قوله: "ولأنه جعل المذكور" استدلال من الآية بوجهين: أحدهما: بالنظر إلى الفاء، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس. فلا يعلم أنه هو الجزاء، أو بقي شيء، ومثله مخل، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وفي نيته أن يقول: وعبده حر، ولكنه لم يقل: لا يكون الجزاء إلا المذكور؛ لئلا يختل الفهم، والآخر بالنظر إلى المذكور يعني لو كان الغير مراداً لذكره؛ لأنه موضع الحاجة إلى البيان. (ع)

(١٠) في أصول الفقه. (ع)

(١١) قوله: "لأنه مسلم به [أي بأحد أبويه]" أي لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام، وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين، والثاني بالظهور، إذ الظاهر سلامة أطرافه. (ع)

قوله: "لأنه مسلم به" لا يقال: بأن الإيمان منصوص عليه، فيعتبر الكمال، كما قلنا في قبض الهبة، لأنا نقول: ذلك فعل حسي، وهذا وصف. (ك)

(١٢) نفساً.

(١٣) أطرافاً.

(١٤) أي المصنف. (عيني)

وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعًا خمس وعشرون بنت مخاض[١]، وخمس وعشرون بنت لبون[٢] وخمس وعشرون حقة[٣] وخمس وعشرون جذعة[٤]، وقال محمد والشافعي: أثلاثًا، ثلاثون جذعةً وثلاثون حقةً وأربعون ثنيّةً[٥] كلها[٦] خَلِفَات[٧] في بطونها[٨] أولادها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن[٩] قتيل خطأ العَمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها»*، وعن عمر وزيد رضى الله تعالى عنهما[١٠] ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، ولأن دية شبه العمد أغلظ[١١]، وذلك فيما قلنا.

ولهما قوله عليه الصلاة والسلام[١٢]: «في نفس المؤمن مائة من

(١٥) قوله: "وهو الكفارة" أى عتق رقبة مؤمنة الذى ذكرناه في شبه العمد، هو الكفارة فى الخطأ. (ك)

(١٦) يعني قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾.

(١٧) دية شبه العمد. (ع)

(١) قوله: "بنت مخاض" إنما سميت بها لمعنى فى أمها؛ لأن أمها صارت مخاضاً بأخرى، أى حاملا، وهى التى استكملت سنة، ودخلت فى الثانية . (چلپى)

(٢) قوله: "بنت لبون" سميت بنت لبون لمعنى فى أمها، فإنها لبون لولادة أخرى، وهى التى دخلت فى السنة الثالثة. (چلپى)

(٣)قوله: "حقة" سميت حقة -بكسر الحاء المهملة والقاف المشددة- لمعنى فيها، وهو أنه حق لها أن يركب، ويحمل عليها، وهى التى دخلت فى السنة الرابعة. (چلپى)

(٤) قوله: "جذعة" سميت جذعة -بفتحتي الجيم، والذال المعجمة- وهى التى دخلت فى السنة الخامسة لمعنى فى أسنانها معروف عند أرباب الإبل، وهى على الأسنان التى تؤخذ فى الزكاة. (چلپى)

(٥) هى التى دخلت فى السنة السادسة.

(٦) أى كل الثنية.

(٧) الخلفة الحامل من النوق. (ك)، خلفت الناقة: آبستن گشت شتر ماده . (من)

(٨) صفة كاشفة.

(٩) قوله: "ألا إن" أخرج ابن حبان فى "صحيحه" من حديث عبد الله بن عمرو أن النبى ﷺ قال: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون فى بطونها أولادها». (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٦، والدراية ج٢ ص٢٧١، الحديث ١٠٢٠. (نعيم)

(١٠) ابن ثابت. (كافى)

(١١) قوله: "أغلظ [أشد]" يعني من دية الخطأ المحض، فإن الإبل فيه يجب أخماساً، وذلك أى كونه أغلظ فيما قلنا؛ لأنا نقول: أثلاثًا، وأنتم تقولون: أرباعًا. (عناية)

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام" وجه الاستدلال أن الثابت منه عليه السلام هذا، وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ، ولا بد منه بالإجماع، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى صفة التغليظ، فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا: مثل ما قال محمد والشافعي. وقال: على يجب أثلاثًا، ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربعة وثلاثون خلفة، وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه: مثل ما قلنا، ولم تجر المحاجة بما روى محمد والشافعى بينهم،

الإبل»*، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ، وابن مسعود قال: بالتغليظ أرباعًا[٢]، كما ذكرنا، وهو كالمرفوع[٣]، فيعارض به.

قال[٤]: ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة[٥]؛ لأن التوقيف فيه[٦]، فإن قضى بالدية في غير الإبل لم يتغلظ؛ لما قلنا[٧].

قال[٨]: وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة، والكفارة على العاقلة؛ لما بينا من قبل[٩]. قال[١٠]: والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماسًا[١١]، عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة، وهذا قول ابن مسعود[١٢]، وإنما أخذنا نحن، والشافعي به لروايته أن النبي ﷺ قضى

ولو كان ما رويا صحيحا، لجرت. وأوقع الاتفاق بينهم، فعلم أن ما روياه غير ثابت، وابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال بالتغليظ مثل ما قلنا، ولا مدخل للرأي في تقديرات الشرع، فلا بد من أن يكون ما قال ابن مسعود مسموعًا له، فصار ما قال ابن مسعود: كالمرفوع، فيعارض ما رواه محمد والشافعيرح لقول ابن مسعود، وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالمتيقن أولى وهو الأدنى، وهو ما قلنا، فتدبر. (مل)

قوله: "قوله عليه السلام" أخرج ابن حبان في "صحيحه" في كتابه ﷺ إلى عمرو بن حزم أن في نفس المؤمن مائة من الإبل. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٧، والدراية ج٢ ص٢٧١ تحت الحديث ١٠٢٠. (نعيم)

(٢) قوله: "قال إلخ" أخرج أبو داود وسكت عنه، ثم المنذري بعده عن علقمة والأسود، قالا: قال عبد الله في شبه العمد: خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون بنت مخاض. (شرح نقاية)

(٣) وإن كان موقوفًا، لأن المقادير لا تعرف بالرأي. (شرح نقاية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "إلا في الإبل خاصةً" يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار، وقال سفيان الثوري: يغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير، بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطأ، وإلى قيمة أسنان الإبل في شبه العمد، فما زاد على أسنان الإبل من دية الخطأ، يزاد على عشرة آلاف درهم، إن كان الرجل من أهل الورق، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب؛ لأن التغليظ في شبه العمد شرع في الإبل لزيادة جناية وجدت فيه، ولم توجد في الخطأ، وهذا المعنى موجود في الحجرين، فيجب التغليظ فيهما. (ع)

(٦) قوله: "لأن التوقيف [من الشارع] فيه [إبل]" يعني أن التغليظ في الإبل ثبت توقيفا، فلا يثبت في غيره قياسًا؛ كي لا يبطل القدر الثابت بصريح النص بالدلالة. (ع)

(٧) إشارة إلى قوله: لأن التوقيف فيه. (ع)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) يعني في أول كتاب الجنايات. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قيل: منصوب بإضمار كان. (ع)

(١٢) قوله: "وهذا قول ابن مسعود" وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله مسعود قال: قال رسول الله ﷺ:

فى قتيل قتل خطأ أخماساً* على نحو ما قال[٢].

ولأن ما قلناه أخف، فكان أليق بحالة الخطأ؛ لأن الخاطئ معذور، غير أن عند الشافعى[٣] يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاص، والحجة عليه ما رويناه[٤].

قال[٥]: ومن العين[٦] ألف دينار، ومن الورق[٧] عشرة آلاف درهم[٨].

وقال الشافعى: من الورق اثنا عشر ألفًا لما روى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما[٩] أن النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم قضى بذلك[١٠]**.

ولنا ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه[١١]: «أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية فى قتيل[١٢] بعشرة آلاف درهم»***، وتأويل ما روى[١٣] أنه

«فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكور» قال الترمذى: لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وقد روى عن عبد الله موقوفًا. (نفاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٧، والدراية ج٢ ص٢٧١، الحديث١٠٢١. (نعيم)

(٢) قوله: "على نحو ما قال" أى ابن مسعود، وعن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب أرباعًا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرين بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة، والمقادير لا تعرف إلا سماعًا، لكن ما قلنا أخف، فكان أولى بحالة إلخ. (عناية)

(٣) مرتبط بقوله: وإنما أخذنا نحن والشافعى إلخ.

(٤) قوله: "والحجة عليه ما رويناه" وهو رواية ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى ﷺ قضى فى قتيل قتل خطأ أخماسًا على نحو ما قال بإقامة ابن مخاض مكان ابن لبون. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) يعنى الذهب. (ع)

(٧) أى الفضة.

(٨) يعنى وزن سبعة.

(٩) أخرج أصحاب السنن الأربع، كذا فى "شرح النقاية لعلى القارى"

(١٠) فى رجل من بنى عدى قتل.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦١، والدراية ج٢ ص٢٧٢، الحديث١٠٢٢. (نعيم)

(١١) قوله: "ولنا ما روى" روى البيهقى من طريق الشافعى قال: قال محمد بن الحسن: بلغنا عن عمر أنه فرض على أهل الذهب فى الدية ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم.

قال محمد بن الحسن: وأخبرنى الثورى عن مغيرة الضبى عن إبراهيم قال: كانت الدية الإبل، فجعلت الإبل كل بعير بمائة وعشرين درهمًا وزن ستة، فكذلك عشرة آلاف درهم. (شرح نقاية لعلى القارى)

(١٢) قوله: "قضى بالدية إلخ" فتعارضا فيحتاج إلى تأويل، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم، كذلك إلى عهد عمر رضى الله عنه، فأبطل عمر ذلك الوزن. (عناية)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٢، والدراية ج٢ ص٢٧٣، الحديث١٠٢٣. (نعيم)

(١٣) ابن عباس.

قضى من دراهم[١] كان وزنها وزن ستة[٢]، وقد كانت كذلك[٣].

قال[٤]: ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة[٥] عند أبي حنيفة.

وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة[٦]، ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة، كل حلة ثوبان[٧]؛ لأن عمر رضى الله تعالى عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها[٨]*. وله[٩] أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية[١٠]، ولهذا لا يقدر بها ضمان[١١]، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة، عدمناها في غيرها[١٢]، وذكر في المعاقل[١٣] أنه لو صالح على الزيادة على

---

(١) قوله: "أنه قضى من دراهم إلخ" فإن قيل: اثنا عشر بوزن ستة يكون أكثر من عشرة آلاف أيضًا، فكيف يفيد هذا التأويل، قلنا: قال الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده": يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئًا، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة بما كان قريبًا منه، كما يقال فلان: يملك مائتي درهم إذا كان يملك قريبًا من ذلك. (ك)

(٢) أي عشرة دراهم تساوي ستة مثاقيل لا وزن سبعة.

(٣) قوله: "وقد كانت كذلك" فيه بحث، وهو أنه قال: روى عمر أن النبي ﷺ قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال: وقد كانت الدراهم كذلك، يعني إلى عهد عمر رضي الله تعالى عنه فأبطل عمر ذلك الوزن، وذلك تناقض، والجواب أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله ﷺ، وكان يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضًا، ولا تناقض حينئذ. (ع)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) يعني الإبل والذهب والفضة.

(٦) قوله: "وقالا: منها ومن البقر إلخ" قيل في تفسير ذلك: قيمة كل بقرة خمسون درهمًا، وقيمة كل شاة خمسة دراهم، قيمة كل حلة خمسون درهمًا، وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقر، فعنده يجوز وعلى قولهما: لا يجوز، كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل. (ع)

(٧) قوله: "كل حلة ثوبان" إزار ورداء، وهو المختار، وفي "النهاية": قيل: في زماننا قميص وسراويل. (ت)

(٨) قوله: "هكذا جعل [كذا رواه محمد بن الحسن في "الآثار"] إلخ" قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني أنه وضع عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلة مائتي حلة. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٢ تحت الحديث الخامس، والدراية ج٢ ص٢٧٣، الحديث ١٠٢٤. (نعيم)

(٩) أي لأبي حنيفة.

(١٠) البقر والغنم والحلة.

(١١) قوله: "ولهذا لا يقدر بها [أي بهذه الأشياء] ضمان" أي ضمان شيء مما وجب ضمانه بإتلاف، أو غيره، فإن قيل فالإبل كذلك أجاب بقوله: والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة كما رويناها، وعدمناها في غيرها، فإن قيل: فليلحق بها دلالة، قلنا: حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه. (ع)

(١٢) إبل.

(١٣) قوله: "وذكر [أي محمد] في المعاقل" أي في كتاب المعاقل من "المبسوط": أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة إلى قوله: لا يجوز، أورد هذا على طريق الشبهة على قول أبي حنيفة، أي ما ذكر في كتاب المعاقل دليل على أن هذه الأصناف في الدية أصول مقدرة عنده، كما هي عندهما، إذ لو كان بدلا، لجاز الصلح كما لو صالح على بدل

مائتي حلة، أو مائتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك[١]، ثم قيل: هو قول الكل[٢]، فيرتفع الخلاف، وقيل: هو قولهما.

قال[٣]: ودية المرأة على النصف[٤] من دية الرجل، وقد ورد هذا اللفظ موقوفًا[٥] على علي رضي الله تعالى عنه، ومرفوعًا إلى النبي عليه الصلاة والسلام*. وقال الشافعي: ما دون الثلث[٦] لا يتنصف، وإمامه فيه زيد ابن ثابت رضي الله تعالى عنه[٧]، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، ولأن حالها[٨] أنقص من حال الرجل[٩]، ومنفعتها أقل[١٠]، وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس، فكذا في أطرافها[١١]، وأجزاءها اعتبارًا بها، وبالثلث وما فوقه.

قال[١٢]: ودية المسلم والذمي[١٣] سواء[١٤]، وقال الشافعي: دية اليهودي

آخر، فأجاب عن الشبهة بوجهين: أحدهما: أنه صحيح رواية كتاب المعاقل، وقال: لا خلاف بينهم، وإن هذه الأصناف من الأصول المقدرة عنده أيضًا. والثاني: أنه لم يصحح الشبهة، وقال: الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب، وما ذكر في المعاقل محمول على قولهما. والجواب عن قضاء عمر رضي الله تعالى عنه أنه يحتمل أن عمر رضي الله تعالى عنه إنما قضى بذلك بطريق الصلح بعد ما قضى بالدراهم أو الدنانير؛ إذ الصلح من الدية على مال آخر جائز. (ك)

(١) فإن ما هو المقدر شرعًا لا يصح الصلح على الزيادة عليه.

(٢) أي عدم الجواز.

(٣) أي محمد في "الأصل" لا في "الجامع". (عيني)

(٤) في النفس وفيما دون النفس. (ع)

(٥) قوله: "وقد ورد هذا اللفظ موقوفًا [والموقوف في مثله كالمرفوع؛ إلا مدخل للرأي في التقدير. ع]" أخرج البيهقي عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «دية المرأة على النصف من دية الرجل»، وأخرج إبراهيم عن علي رضي الله تعالى أنه قال: "عقل المرأة على النصف من عقل الرجل". (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٣، والدراية ج٢ ص٢٧٣، الحديث١٠٢. (نعيم)

(٦) قوله: "ما دون الثلث [أي ما دون ثلث دية الرجل. (ك) وللشافعي في الثلث روايتان. ك] إلخ" فمن قطع إصبع امرأة عليه عشرة من الإبل، ومن قطع إصبعين عليه عشرون من الإبل، ومن قطع ثلاثة أصابع عليه ثلاثون من الإبل؛ ومن قطع أربعة أصابع عليه أربعون من الإبل. (مل)

(٧) قوله: "زيد بن ثابت" وكان زيد بن ثابت يقول: إنها تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها، يعني إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية، أو دون ذلك، فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث، فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجال. (ك)

(٨) امرأة.

(٩) قال الله تعالى: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾. (ع)

(١٠) فإنها لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج. (ع)

(١١) أي ينتقص؛ لئلا يلزم مخالفة التبع الأصل. (ع)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) والمستأمن. (كافي)

(١٤) قوله: "سواء" رجالهم كرجالهم، ونساءهم كنساءهم في النفس وما دونها. (عناية)

والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمان مائة درهم.

وقال مالك: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «عَقْل[1] الكافر[2] نصف عقل[3] المسلم»*، والكل عنده اثنا عشر ألفًا، وللشافعي ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام[4] جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم**، ودية المجوسي ثمان مائة درهم[5].

ولنا قوله عليه عليه الصلاة والسلام[6]: «دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار»***، وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما[7]، وما رواه الشافعي لم يعرف راويه، ولم يذكر في كتب الحديث، وما رويناه أشهر مما رواه مالك، فإنه ظهر به عمل الصحابة رضى الله تعالى عنهم[8].

فصل فيما دون النفس[9]

قال[10]: وفي النفس الدية[11]، وقد ذكرناه[12]، قال[13]: وفي المارن[14] الدية،

---

(١) دية.

(٢) هذا لفظ الترمذى رواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، كذا فى "شرح النقاية"].

(٣) دية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٤، والدراية ج ٢ ص٢٧٤، الحديث١٠٢٦. (نعيم)

(٤) قوله: "ما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام" روى عبد الرزاق فى "مصنفه" فى كتاب العقول عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب: «أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلا من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم». (شرح نقاية)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٥، والدراية ج٢ ص٢٧٤، الحديث١٠٢٧. (نعيم)

(٥) قوله: "ثمان مائة درهم" روى الشافعي فى "مسنده" عن فضيل بن عياض عن منصور عن ثابت عن سعيد ابن المسيب عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم، وفى المجوسى ثمانمائة درهم. (على قارى)

(٦) أخرجه أبو داود فى "مراسيله" عن سعيد بن المسيب. (شرح نقاية)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٦، والدراية ج ٢ ص٢٧٥، الحديث١٠٢٨. (نعيم)

(٧) أورده محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار".

(٨) قوله: "فإنه ظهر به عمل الصحابة" وهو ما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبى ﷺ ودى العاهدين الذين كان لهما عهد من رسول الله ﷺ، وقتلهما عمرو بن أمية بمائة من الإبل. وعن الزهرى أن أبا بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما كانا يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم، وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه دية الذمى مثل دية المسلم. وعن الزهرى أيضاً كانت دية الذمى مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر، وعمر، وعثمان رضى الله تعالى عنهم، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف، وعن على رضى الله تعالى عنه، إنما بذلوا الجزية؛ ليكون دماءهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا، وما يروى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار. (ك)

(٩) عقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها، وهو ما دونها. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عنى)

وفى اللسان الدية[١]، وفى الذكر الدية.

والأصل[٢] فيه ما روى سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه[٣] أن النبى عليه الصلاة والسلام قال: «فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية»*، وهكذا[٤] هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه.

والأصل فى الأطراف[٥] أنه إذا فوت جنس منفعته على الكمال[٦]، أو أزال جمالا مقصوداً فى الآدمى على الكمال، يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه، وهو[٧] ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيمًا للآدمى أصله[٨] قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف، وعلى هذا ينسحب[٩] فروع

---

(١١) قوله: "فى النفس الدية [أى بسبب إتلافها. (ع)" إنما ذكر هذا تبركا بالابتداء بالحديث، وهذا لفظ الحديث. ك]" أعاد ذكر النفس فى فصل ما دون النفس تمهيداً لما يذكر ما بعده. (عناية)

(١٢) أى فى أوائل الجنايات. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) المارن ما لان من الأنف، والقصبة ما صلب منه. (ك) نرمهٔ بينى. (م)

(١) قوله: "وفى اللسان إلخ" فالحاصل أن ما لا ثانى له فى البدن من أعضاء أو معانى مقصودة فبإتلافها يجب كمال الدية. (ك)

(٢) دليل.

(٣) قوله: "ما روى سعيد بن المسيب" هو من التابعين، وما روى عن رسول الله ﷺ فهو مرسل، وهو حجة بالإجماع. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٩، والدراية ج٢ ص٢٧٦، الحديث١٠٢٩. (نعيم)

(٤) قوله: "وهكذا" فى سنن النسائى، ومراسيل أبى داود عن سليمان بن أرقم عن الزهرى عن أبى بكر ابن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض، والسنن والديات، وبعث به مع عمرو بن حزم، فقرئ على أهل اليمن، وفيه أن فى النفس الدية مائة من الإبل وفى الأنف إذا استوعب مارنه الدية، وفى اللسان الدية. (شرح نقاية)

(٥) أى القاعدة الكلية.

(٦) قوله: "على الكمال" قيد المنفعة والجمال بالكمال؛ لأن غير الكمال لا يجب فيه كل الدية، وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كما إذا قطع لسان الأخرس، أو آلة الخصى، أو العنين، أو اليد الشلاء، أو الرجل العرجاء، أو العين العوراء، أو السن السوداء لا يجب القصاص فى العمد، ولا الدية فى الخطأ؛ لأنه لم يفوت جنس منفعته، ولا فوت جمالا على الكمال، وإنما فيه حكومة عدل. (عناية)

(٧) أى إتلاف النفس من وجه.

(٨) دليل.

(٩) انسحاب: كشيده شدن. (من)

كثيرة، فنقول: فى الأنف الدية؛ لأنه أزال الجمال على الكمال[١]، وهو مقصود.

وكذا إذا قطع المارن[٢] أو الأرنبة[٣]؛ لما ذكرنا[٤].

ولو قطع المارن[٥] مع القصبة[٦] لا يزاد على دية واحدة؛ لأنه عضو واحد، وكذا اللسان[٧] لفوات منفعة مقصودة، وهو النطق، وكذا فى قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة، وإن كانت الآلة قائمة.

ولو قدر على التكلم ببعض الحروف، قيل يقسم على عدد الحروف[٨]، وقيل: على عدد حروف تتعلق باللسان[٩]، فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل: إن قدر على أداء أكثرها[١٠]، يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية؛ لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام. وكذا الذكر؛ لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمى[١١] به، ودفق الماء[١٢]، والإيلاج الذى هو طريق الإعلاق عادة[١٣]، وكذا فى الحشفة الدية كاملة؛ لأن الحشفة أصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له[١٤].

---

(١) قوله: "لأنه أزال الجمال إلخ" يعنى أن فى قطع الأنف تفويت جمال كامل، ثم كما يجب الدية بقطع جميع الأنف يجب بقطع المارن؛ لأن تفويت الجمال به يحصل. (ك)

(٢) نرمهٔ بينى.

(٣) طرف بينى. (من)

(٤) من إزالة الجمال.

(٥) المارن: ما لان من الأنف، والقصبة: ما صلب منه. (ك)

(٦) وهى عظمة واحدة. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "وكذا اللسان" لأنه أزال بقطع الأرنبة، وهى طرف الأنف جمالا على الكمال مقصوداً، وبقطع المارن منفعة مقصودة؛ لأن منفعة الأنف أن يجتمع الروائح فى قصبة؛ لتعلو إلى الدماغ، وذلك يفوت بقطع المارن. (شرح نقاية)

(٨) أى جملة الحروف تتعلق باللسان أولا. (ع)

(٩) قوله: "على عدد حروف تتعلق باللسان إلخ" الحروف التى تتعلق بالسان، هى الألف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه بحصته من الدية، فأما الهوائية والحلقية والشفوية، فلا تدخل فى القسمة، فالشفوية الميم والباء، والحلقية الحاء والخاء والعين والغين والقاف، والأصل فى هذا ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمان على رضى الله تعالى عنه، فأمره من أن يقرأ ا ب ت ث، فكل ما قرأ حرفا أسقط من ديته بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك، هذا ما فى الكفاية، وفى العناية أن فى كون الألف من ذلك نظراً؛ لأنه من أقصى الحلق. (مل)

(١٠) حروف.

(١١) أى رمى البول.

(١٢) المنى.

(١٣) قوله: "عادةً" وإنما قيد بالعادة؛ لأنه يتصور الإعلاق بالسحق، إلا أنه فى العادة إنما يتحقق بالإيلاج. (ك)

(١٤) أى للحشفة.

قال[١]: وفى العقل إذا ذهب بالضرب الدية؛ لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه[٢] ومعاده[٣]، وكذا إذا ذهب سمعه، أو بصره، أو شمه، أو ذوقه[٤]؛ لأن كل واحد منها منفعة مقصودة[٥]. وقد روى[٦] أن عمر رضى الله تعالى عنه قضى[٧] بأربع ديات فى ضربة واحدة، ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر.

قال[٨]: وفى اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية[٩]؛ لأنه يفوت به منفعة الجمال، قال[١٠]: وفى شعر الرأس الدية[١١]؛ لما قلنا[١٢].

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أى دنياه.

(٣) أى آخرته.

(٤) قوله: "وكذا إذا ذهب إلخ" أى يجب الدية بمقابلة فوات كل وحدة من هذه المنافع، فإن قيل: بما ذا يعرف فوات هذه المعانى، فإن قول المجنى عليه لا يقبل، قلنا: إذا صدقه الجانى أو استحلف ، فنكل تثبت فواتها، وذكر فى "الذخيرة" طريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادى، فإن أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب، وأما طريق معرفة ذهاب البصر، فقال محمد بن مقاتل الرازى: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق، وإن لم يدمع علم أن الضوء ذاهب، وذكر الطحاوى أنه يلقى بين يديه حية، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره. وفى" المبسوط": أنه ينظر إليه رجلان عدلان من الأطباء، ويكون قولهما فى ذلك حجة، وإن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول قول الجانى مع يمينه على البتات، أما اليمين فلأن المجنى عليه يدعى موجب الجناية، والجانى ينكره، وأما على البتات؛ فلأن هذا اليمين على فعل نفسه، وهو إذهاب بصر غيره، وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة، فإن تنفر عن ذلك عرف أنه لم يذهب شمه. (مل)

(٥) قوله: "منفعة مقصودة" أى ليس فيها استتباع كل منها للأخرى، بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة؛ لأن الأطراف تبع للنفس إما الطرف، فليس بتبع للطرف الآخر، فيعتبر كل واحدة منها بنفسها. (ك)

(٦) قوله: "وقد روى" روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن أبى خالد عن عوف الأعرابى أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فى زمان عمر بن الخطاب، فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره، فلم يقرب النساء، فقضى عمر فيها بأربع ديات، وهو حى. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "قضى" روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات، بضربة واحدة على الرأس، ذهب بها عقله، وسمعه، وبصره، ومنفعة ذوقه. (كافى)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "الدية" ويؤجل سنةً، فإن مات فيها برئ. (در مختار)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "وفى شعر الرأس الدية" وذكر الإمام التمرتاشى قالوا: لو حلق رأس إنسان ولم ينبت، تجب الدية، الرجل والمرأة، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يطالب بالدية حال الحلق، بل يؤجل سنة لتصور النبات، وكذا حلق اللحية، فإن مات المحلوق رأسه، أو لحيته قبل مضى السنة، ولم ينبت لا شيء فيه، وقالا: حكومة عدل. (ك)

(١٢) من أنه يفوت به الجمال.

وقال مالك وهو قول الشافعي : تجب فيهما حكومة عدل ؛ لأن ذلك[١] زيادة في الآدمي ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله ، واللحية بعضها في بعض البلاد ، وصار كشعر الصدر والساق ، ولهذا يجب في شعر العبد[٢] نقصان القيمة .

ولنا أن اللحية في وقتها جمال[٣] ، وفي حلقها تفويته على الكمال ، فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصين[٤] ، وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره[٥] ، بخلاف شعر الصدر والساق ؛ لأنه لا يتعلق به جمال .

وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة[٦] أنه يجب فيها كمال القيمة ، والتخريج على الظاهر[٧] أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال[٨] دون الجمال بخلاف الحر .

قال :[٩] وفي الشارب حكومة عدل ، وهو الأصح[١٠] ؛ لأنه[١١] تابع للّحية ، فصار كبعض أطرافها[١٢] ، ولحية الكوسج إن كان على ذقنه[١٣] شعرات معدودة ، فلا شيء في حلقه ؛ لأن وجوده يشينه[١٤] ولا يزينه .

وإن كان أكثر من ذلك ، وكان[١٥] على الخد والذقن جميعًا[١٦] ، لكنه غير متصل

---

(١) أي شعر الرأس واللحية.

(٢) كلحية العبد، ولوكان في الشعر جمال للزم في شعر العبد كمال القيمة.

(٣) قوله: "ولنا أن اللحية في وقتها جمال" والدليل على أنه جمال قوله عليه السلام: «إن لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحاء والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق»؛ لأنه لا يتعلق به الجمال. (ت)

(٤) أي المرتفعين وصفهما لدفع إرادة السمم. (ع)

(٥) رأس.

(٦) قوله: "فعن أبي حنيفة أنه إلخ" وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتباراً بالدية في الحر لفوات الجمال. (ع)

(٧) أي الوجه على ظاهر الرواية، وهو أنه يجب نقصان القيمة.

(٨) أي الاستخدام.

(٩) أي المصنف. (عيني)

(١٠) قوله: "وهو الأصح" احتراز عما قال بعض مشايخنا: إنه يجب فيه كمال الدية؛ لأنه عضو على حدة، ويفوت به الجمال. (عناية)

(١١) شاربه.

(١٢) لحية.

(١٣) ذقن –بالتحريك– زنخ. (من)

(١٤) شين –بالفتح– عيب كردن ضد زين.

(١٥) شعر.

(١٦) خد –بالفتح– رخسار وآن دو باشد. (من)

به، ففيه حكومة عدل؛ لأن فيه بعض الجمال.

وإن كان متصلا، ففيه كمال الدية؛ لأنه ليس بكوسج، وفيه معنى الجمال، وهذا كله إذا فسد المنبت، فإن نبتت[١] حتى استوفى كما كان لا يجب شيء؛ لأنه لم يبق أثر الجناية، ويؤدب[٢] على ارتكابه ما لا يحل، وإن نبتت[٣] بيضاء.

فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر؛ لأنه يزيده جمالا، وفي العبد تجب حكومة عدل؛ لأنه ينقص قميته، وعندهما تجب[٤] حكومة عدل؛ لأنه[٥] في غير أوانه يشينه، ولا يزينه، ويستوى العمد والخطأ[٦] على هذا الجمهور.

وفي الحاجبين[٧] الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وعند مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تجب[٨] حكومة عدل، وقد مر الكلام فيه في اللحية[٩].

قال[١٠]: وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين[١١] الدية، كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام*.

قال[١٢]: وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية، وفيما كتبه النبي عليه

---

(١) لحيته.

(٢) الحالق.

(٣) اللحية بعد الحلق.

(٤) في الحر.

(٥) بياض.

(٦) قوله: "ويستوى إلخ" أي كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ، فكذا إذا حلقهما عمداً، تجب الدية لا القصاص؛ لأن القصاص لا يجب في شيء من الشعور؛ لأنه عقوبة، فلا يثبت قياساً، وإنما يثبت نصاً أو دلالةً، والنص إنما ورد في الجراحات قال الله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾، وهذا ليس في معناها؛ لأنه لا يحتاج في حلقها إلى إيلام ولا يتوهم فيه السراية كما في الجراحات، ثم قيل: صورة حلقها خطأ، هي أن يظنه مباح الدم، فحلق الوالي لحيته، ثم ظهر أنه غير مباح الدم. (كفاية للسيد جلال الدين)

(٧) ابرو.

(٨) في الحاجبين.

(٩) أي دليلنا ودليل الشافعي.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) أي الخصيتين.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٧١، والدراية ج٢ ص٢٧٧، الحديث ١٠٣٠. (نعيم)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

الصلاة والسلام[1] لعمرو بن حزم: «وفى العينين الدية وفى إحداهما نصف الدية»*، ولأن فى تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة، أو كمال الجمال، فيجب كل الدية، وفى تفويت إحداهما تفويت النصف، فيجب نصف الدية.

قال[2]: وفى ثديى المرأة الدية؛ لما فيه من تفويت جنس المنفعة، وفى إحداهما نصف دية المرأة؛ لما بينا[3].

بخلاف ثديى الرجل حيث تجب حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال، وفى حلمتى[4] المرأة الدية كاملة؛ لفوات[5] جنس منفعة الإرضاع، وإمساك اللبن، وفى إحداهما نصفها؛ لما بيناه[6].

قال[7]: وفى أشفار[8] العينين الدية[9]، وفى إحداهما ربع الدية، قال رضى الله تعالى عنه[10]: يحتمل أن مراده[11] الأهداب[12] مجازاً، كما ذكر محمد فى "الأصل"[13] للمجاورة[14]، كالراوية للقربة[15]، وهى حقيقة فى البعير، وهذا لأنه

---

(١) قوله: "وفيما كتبه النبى إلخ" أخرج النسائى فى "سننه" وأبو داود فى "مراسيله" عن أبى بكر ابن محمد ابن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات، وبعث به مع عمرو ابن حزم، فكان فيه وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى العينين الدية، وفى العين الواحدة نصف الدية، وفى اليد الواحدة نصف الدية، وفى الرجل الواحدة نصف الدية. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٢، والدراية ج٢ ص٢٧٧ تحت الحديث ١٠٣١. (نعيم)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) من أن فيه تفويت نصف جنس المنفعة.

(٤) حلمة -بفتحتين- سر پستان. (م)

(٥) قوله: "لفوات" لأنه إذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبى الالتقام عند الارتضاع. (زيلعى)

(٦) من أن فيه تفويت نصف جنس المنفعة.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "أشفار" جمع شفر -بالضم- محل برآمدن موى مژه. (م)

(٩) إذا قلعها ولم ينبت. (زيلعى)

(١٠) أى المصنف.

(١١) قوله: "يحتمل أن مراده إلخ" هذا دفع لتخطئة من خطأ محمد فى إطلاق الأشفار على الأهداب، قالوا: الأشفار منابت الشعر، وهى حروف العينين وأطرافها والشعور التى عليها تسمى الهدب، فقال المصنف: يحتمل أن المراد الأهداب، فيكون مجازاً للمجاورة ذكرا للمحل، وإرادة للحال. (ع)

(١٢) جمع هدب بالضم، وبضمتين: موى مژه.

(١٣) قوله: "كما ذكر محمد فى الأصل" قال محمد: فى أشفار العينين الدية كاملة إذا لم ينبت، فأراد به الشعر؛

يفوت به الجمال على الكمال، وجنس المنفعة، وهى منفعة دفع الأذى[١] والقذى[٢] عن العين، إذ هو يندفع بالهدب.

وإذا كان الواجب فى الكل[٣] كل الدية، وهى أربعة كان فى إحداها ربع الدية، وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها، ويحتمل أن يكون مراده[٤] منبت الشعر، والحكم فيه هكذا[٥]، ولو قطع الجفون[٦] بأهدابها، ففيه دية واحدة؛ لأن الكل كشىء واحد، وصار كالمارن[٧] مع القصبة.

قال[٨]: وفى كل إصبع من أصابع اليدين، والرجلين عشر الدية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[٩]: «فى كل إصبع عشر من الإبل»*؛ ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة، وفيه دية كاملة، وهى[١٠] عشر[١١]، فتنقسم الدية عليها.

لأن الشعر هو الذى ينبت دون الجلد. (زيلعى)

(١٤) قوله: "للمجاورة" ذكر فى "مبسوط شيخ الإسلام" جعل محمد الأشفار أسماء للشعور التى تنبت على حروف العين وأطرافها، وقد خطأه أهل اللغة فى هذا، وقالوا الأشفار منابت الشعر، وهى حروف العينين وأطرافهما والشعور التى عليها تسمى الهدب، قالوا: وكأنه أخذ من شفر الوادى، وهو جانبه وحده، فسميت منابت الشعور أشفاراً؛ لأنها حدود الأجفان، ولكن مشايخنا قالوا: بأن الأمر كما قالوا: إن الأشفار اسم لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب، إلا أنه كنى بالأشفار عن الهدب، لاتصال ومجاورة بينهما، كما سموا القربة راوية، وهى البعير الذى يستقى عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير، كما قيل للمطر: سماء. (كفاية)

(١٥) قربة بالكسر: مشك. (م)

(١) چيزى كه آزار دهد. (م)

(٢) خاشاک.

(٣) أى فى كل الأشفار.

(٤) على الحقيقة.

(٥) قوله: "والحكم فيه هكذا" أى تجب فى الكل الدية، وتجب فى كل شفر ربع الدية، ويستوى أن ينتف الأهداب وأفسد المنبت، أو قطع الجفون كلها بالأهداب. (ك)

(٦) جفن –بالفتح– پلک چشم. (م)

(٧) المارن: ما لان من الأنف، والقصبة: ما صلب منه. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" أخرج الترمذى وقال: حسن صحيح، وابن حبان فى "صحيحه"، وقال ابن القطان فى "كتابه": رجال إسناده كلهم ثقات عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل لكل إصبع». (شرح نقاية لملا على القارى رحمه الله تعالى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٢، والدراية ج٢ ص٢٧٧، الحديث ١٠٣١. (نعيم)

(١٠) أصابع.

(١١) ففى كل عشر الدية.

قال[١]: والأصابع كلها سواء؛ لإطلاق الحديث[٢]، ولأنها سواء في أصل المنفعة، فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال[٣]، وكذا أصابع الرجلين؛ لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي، فتجب الدية كاملة، ثم فيهما عشر أصابع، فتنقسم الدية عليها[٤] أعشاراً.

قال[٥]: وفي كل إصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدها ثلث دية الإصبع[٦]، وما فيها[٧] مفصلان، ففي أحدهما نصف دية الإصبع، وهو[٨] نظير انقسام دية اليد على الأصابع.

قال: وفي كل سن خمس من الإبل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه[٩]: «وفي كل سن خمس من الإبل»*، والأسنان والأضراس سواء[١٠]؛ لإطلاق ما روينا[١١]؛ ولما روي في بعض الروايات[١٢]: «والأسنان كلها سواء[١٣]»؛ ولأن كلها[١٤] في أصل المنفعة

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) الذي مر آنفًا.

(٣) فإن اليمين مساو في الدية مع الشمال.

(٤) أي على الأصابع العشر.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "ففي أحدها إلخ" يعني أن عشر الدية الواجب بإزاء كل إصبع، إنما هو بمقابلة مفاصلها، فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل واحد منها ثلثه، وما فيه مفصلان، كان لكل منهما نصفه. (ع)

(٧) كالإبهام. (زيلعي)

(٨) أي هذا الانقسام.

(٩) رواه بهذا اللفظ أبو داود.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٣، والدراية ج٢ ص٢٧٨، الحديث١٠٣٢. (نعيم)

(١٠) قوله: "والأسنان والأضراس إلخ" قالوا: فيه نظر، والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء، أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء؛ لأن السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا، وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل، ومثلها رباعيات، وهي ما يلي الثنايا، ومثلها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب واثنا عشرة أسنان طواحن، وأربع نواجذ، وتسمى ضرس الحلم؛ لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال: الأسنان والأضراس سواء؛ لعوده إلى معنى الأسنان، وبعضها سواء. (ع)

(١١) آنفًا.

(١٢) رواه أبو داود عن ابن عباس مرفوعًا.

(١٣) قوله: "والأسنان كلها سواء" وإذا قلع جميع أسنانه، فعليه ستة عشر ألفًا من الدراهم؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون، فإذا وجب في كل سن نصف عشر الدية، وهي خمس مائة بلغت الجملة ستة عشر ألفًا، وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، وإذا قلع جميع أسنان الكوسج، فعليه أربعة عشر ألفًا؛ لأن

سواء، فلا يعتبر التفاضل[١] كالأيدي والأصابع[٢]، وهذا إذا كان[٣] خطأ، فإن كان عمداً ففيه القصاص، وقد مر في الجنايات[٤].

قال[٥]: ومن ضرب عضواً، فأذهب منفعته، ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت[٦]، والعين إذا ذهب ضوءها؛ لأن المتعلق[٧] تفويت جنس المنفعة، لا فوات الصورة[٨].

ومن ضرب صلب[٩] غيره، فانقطع ماءه[١٠] يجب الدية؛ لتفويت جنس المنفعة[١١]، وكذا لو أحدبه[١٢]؛ لأنه فوت جمالا على الكمال، وهو استواء القامة[١٣]، فلو زالت الحدوبة[١٤]، لا شيء عليه لزوالها، لا عن أثر.

أسنانه تكون ثمانية وعشرين؛ لما حكي أن امرأة قالت لزوجها: يا كوسجا فقال: إن كنت كوسجًا، فأنت طالق، فسئل أبو حنيفة عن ذلك، فقال: يعد أسنانه، فإن كانت لثنتين وثلثين، فليس بكوسج، وإن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج. (ك)

(١٤) أسنان.

(١) قوله: "فلا يعتبر التفاضل" ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك؛ لما فيه من زيادة المنفعة، وهو خلاف النص. (عناية)

(٢) فإن حكمها سواء، وإن كانت بعض الأيدى والأصابع أكبر من بعض.

(٣) قلع.

(٤) فى باب القصاص فيما دون النفس.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) شلل: تباه وخشک شدن دست. (م)

(٧) أى الذى يتعلق به وجوب كل الدية. (ك)

(٨) قوله: "لا فوات الصورة" فإن قلت: لا نسلم أن فوات الصورة ليس يتعلق به وجوب كل الدية، بل الجمال أيضًا مقصود، كما تقدم فى حلق الحاجبين واللحية، وليس أحدهما أولى باتباعه للآخر، فيكون الحصر فى غير موقعه، قلت: أن الجمال مقصود فى عضو لا يكون المقصود منه المنفعة، وأما إذا كان فالجمال تابع، ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء، يجب حكومة عدل لا الدية؛ لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال، فإن اجتمعا جعل الجمال تابعاً أيضاً، لأنه إذا كان تابعاً عند الانفراد، فلأن يكون تابعاً عند الاجتماع أولى. (عناية)

(٩) بالضم: استخوان پشت. (م)

(١٠) منيه.

(١١) أى منفعة النسل. (ع)

(١٢) كوزه پشت گردانيدن.

(١٣) قوله: "وهو استواء القامة" قيل فى تفسير قوله تعالى: ﴿لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم﴾ أى منتصب القامة، وهى تزول بالحدوبة. (ع)

(١٤) كوزه پشتى.

فصل[1] في الشّجاج[2]

قال[3] : الشجاج عشرة: الحارصة[4] : وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه[5]، ولا تخرج الدم.

والدامعة: وهى التى تظهر الدم، ولا تسيله[6] كالدمع[7] فى العين، والدامية: وهى التى تسيل الدم، والباضعة[8] : وهى التى تبضع الجلد[9] أى تقطعه، والمتلاحمة[10] : وهى التى تأخذ فى اللحم.

والسِّمحاق: وهى التى تصل إلى السمحاق[11] ، وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة: وهى التى توضح العظم أى تبينه، والهاشمة: وهي التي تكسر العظم[12] . والمنقلة[13] : وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله، والآمة[14] : وهى التى تصل إلى أم الرأس[15] ، وهو الذى فيه الدماغ.

---

(١) قوله: "فصل فى الشجاج "هى جمع شجة، ولما كانت نوعًا من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله، ذكره فى فصل على حدة. (منح، رد المحتار)

(٢) قوله: "فى الشجاج "وتختص الشجة بما يكون بالوجه والرأس لغة، وما يكون بغيرهما فجراحة. (در مختار)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "الحارصة "مأخوذ من حرص القصار الثوب أى شقه من الدق. (زيلعى)

(٥) قوله: "تخدشه [خدش -بالفتح- خراشيدن ويوست باز كردن ومانند آن. (م) من باب ضرب. مختار]" قال ابن الشحنة عن قاضى خان: هى التى تخدش البشرة ولا يخرج منها دم، وتسمى خادشة. (رد المحتار)

(٦) إسالة: روان كردن . (م)

(٧) سرشک. (م)

(٨) بضم -بالفتح- بريدن. (م)

(٩) قوله: "وهي التي إلخ" رده الطورى بأن الزيلعى صرح بتحقق قطع الجلد فى الأنواع العشرة، فالظاهر فى تفسيرها ما فى "المحيط" و "البدائع": أنها التى تبضع اللحم، ومثله فى كتب اللغة، وعلى هذا فيزاد فى المتلاحمة قيد آخر، فيقال كما فى "البدائع" وغيرها: هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة. (رد المحتار)

(١٠) قوله: "والمتلاحمة" فى المغرب هى الشجة التى تشق اللحم دون العظم، ثم يتلاحم بعد شقها أى يتلاءم ويتلاصق، قال الأزهرى: الأوجه أن يقال: اللاحمة أى القاطعة للحم، وإنما سميت بذلك على ما يؤول إليه، أو على التفاؤل. (كفاية)

(١١) سمحاق كقرطاس: پوست تنک سر. (من)

(١٢) كسر -بالفتح- شكستن. (م)

(١٣) بتشديد القاف مفتوحة، أو مكسورة. (شرح وهبانية ، رد المحتار)

(١٤) قوله: "الآمة" هى العاشرة، ولم يذكر ما بعدها، وهى الدامغة بالغين المعجمة، وهى التى تخرج الدماغ؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة، فكان ذلك قتلا، لا شجة. (عناية)

(١٥) قوله: "وهى التى تصل" أى تبلغ إلى أم الدماغ، حتى يبقى بينها، وبين الدماغ جلد رقيق، وأم الدماغ

قال: ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً؛ لما روى*: «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص[2] في الموضحة»، ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم، فيتساويان، فيتحقق القصاص.

قال[3]: ولا قصاص في بقية الشجاج؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساوات فيها؛ لأنه لا حد ينتهي السكين إليه[4]، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم[5]، ولا قصاص فيه، وهذه رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد في "الأصل"[6]: وهو ظاهر الرواية، يجب القصاص فيما قبل الموضحة[7]؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم، ولا خوف هلاك غالب، فيسبر[8] غورها[9] بمسبار[10]، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع بها[11] مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاء القصاص.

قال[12]: وفيما دون الموضحة[13] حكومة العدل[14]؛ لأنه ليس فيها أرش مقدر[15]، ولا يمكن إهداره، فوجب اعتباره بحكم العدل، وهو مأثور[16] عن

الجلد التي تجمع الدماغ، كذا في "الصحاح".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٤، والدراية ج٢ ص٢٧٨، الحديث١٠٣٣. (نعيم)

(٢) قوله: "قضى بالقصاص" أخرج البيهقي مرسلا عن طاوس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات». (شرح نقاية لملا على القاري رحمه الله تعالى)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي إلى ذلك الحد.

(٥) قوله: "ولأن فيما فوق الموضحة" أي فيما هو أكثر شجة من الموضحة، وهو ما ذكره بعد الموضحة، وهو ثلاثة: الهاشمة والمنقلة والآمة. (ك)

(٦) أي المبسوط.

(٧) قوله: "فيما قبل الموضحة" أي قبلها ذكراً، ودونها أثراً وشجًا، وهي ستة من الحارصة إلى السمحاق. (نهاية)

(٨) سبر -بالفتح- ميل بجراحت وجز آن فرو بردن تا غور آن معلوم شود وآزمودن. (منتخب)

(٩) غور -بالفتح- قعر وتنگ هر چيزى. (م)

(١٠) مسبار -بالكسر- ميلى كه بجراحت فرو برند تا غور آن معلوم شود. (م)

(١١) أي بتلك الحديدة.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وفيما دون الموضحة" أي دونها أثرا وشجا، ولكن قبلها من حيث الذكر، وهو الحارصة إلى السمحاق، فلذلك ذكر مرة بما قبل الموضحة، ومرة بما دون الموضحة. (نهاية)

(١٤) قوله: "حكومة العدل" وجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل، وأما على رواية، فقد قال: يجب القصاص فيما قبل الموضحة. (ن)

(١٥) من الشارع.

النخعی [١] وعمر بن عبد العزيز.

قال[٢] : وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفی الجائفة ثلث الدية[٣] ، فإن نفذت[٤] فهما جائفتان، ففيهما ثلثا الدية؛ لما روى[٥] فی کتاب عمرو بن حزم رضی الله تعالى عنه أن النبی علیه الصلاة والسلام قال: «وفی الموضحة خمس من الإبل وفی الهاشمة عشر وفی المنقلة خمسة عشر وفی الآمة، ويروى المأمومة ثلث الدية» *، وقال عليه الصلاة والسلام[٦] : «فی الجائفة ثلث الدية» **.

وعن أبی بكر رضی الله تعالى عنه[٧] أنه حكم فی جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثی الدية، ولأنها[٨] إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين، أحدهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر، وفی كل جائفة ثلث الدية، فلهذا وجب فی النافذة ثلثا الدية.

وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة، وقال: هی التی يتلاحم[٩] فيها

---

(١٦) كذا قال العينى فی "شرح الكنز".

(١) إبراهيم.

(٢) أی القدوری (عينی)

(٣) إلى الجانب الآخر.

(٤) قوله: "وفی الجائفة" قال فی "الإيضاح": الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه، قال فی "النهاية": فعلى هذا ذكر الجائفة هناك فی مسائل الشجاج حينئذٍ وقع اتفاقًا، وذلك لأن الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن. (ع)

(٥) قوله: "لما روى" أی لقوله عليه السلام فی كتاب عمرو بن حزم الذی أخرجه النسائی وابو داود: وفی المأمومة ثلث الدية، وفی الجائفة ثلث الدية، وفی المنقلة خمس عشر من الإبل، وفی الموضحة خمس من الإبل، وليس فيه ذكر الهاشمة، لكن أخرج عبد الرزاق فی "مصنفه" عن زيد بن ثابت قال: فی الموضحة خمس، وفی الهاشمة عشر، وفی المنقلة خمس عشرة، وفی المأمومة ثلث الدية. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٤، والدراية ج٢ ص٢٧٨، الحديث١٠٣٤. (نعيم)

(٦) فی ذلك الكتاب.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٥، والدراية ج٢ ص٢٧٩ تحت الحديث١٠٣٤. (نعيم)

(٧) قوله: "وعن أبی بكر" رواه عبد الرزاق فی "مصنفه" عن الثوری عن محمد بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن ابن المسيب. (شرح نقاية)

(٨) جائفة.

(٩) قوله: "يتلاحم [باهم پيوسته شود، ولا تبضع اللحم. مغرب]" قال الزيلعی: المتلاحمة مأخوذة من قولهم:

الـدم، ويسود[١]، وما ذكـرناه بَـدْءً[٢]، مـروى عن أبى يوسف، وهذا اختـلاف عــبارة[٣] لا يعـود[٤] إلى مـعنى وحكم، وبعـد هذا شـجـة أخـرى تسـمى الـدامغـة[٥]، وهى التى تصل إلى الـدمـاغ، وإنما لم يذكرها[٦]؛ لأنها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة.

ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغةً، وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة[٧] فى الصحيح، حتى لو تحققت[٨] فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير[٩] بالتوقيف[١٠]، وهو إنما ورد فيما يختص بهما.

ولأنه إنما ورد الحكم فيـها[١١] لمعنى الشين[١٢] الذى يلحقـه ببقـاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب، وهو العضوان هـذان[١٣]، لا سواهما.

وأما اللحيان[١٤] فقد قيل: ليسا من الوجه[١٥]، وهو قول مالك: حتى لو وجد

التحم الشيئان، إذا التصق أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما يظهر اللحم، ولا يقطعه، والباضعة بعدها؛ لأنها تقطعه، وفى "منتهى الأرب": التحام كفشير گرفتن جراحت وسر استوار كردن آن.

(١) الدم.

(٢) أولا.

(٣) قوله: "وهذا اختلاف [أى اختلاف فى مأخذ الكلمة. ك] عبارة" يعنى يرجع إلى مأخذ الاشتقاق، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الساقان إذا اتصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع، والباضعة بعدها؛ لأنها تقطعه. (عناية)

(٤) قوله: "لا يعود" أى لا يعود إلى معنى موثر يبتنى عليه الاختلاف فى الأحكام. (كفاية)

(٥) قوله: "وبعد هـذا" أى بعد الآمة شجة تسمى الدامغة، بالغين المعجمة، وهى التى تصل إلى الدماغ، ولم يذكرها محمد؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادةً، فيكون قتلا، ولا يكون من الشجاج، والكلام فى الشجاج، وكذا لم يذكر الحارصة؛ لأنه لا يبقى لها أثر فى الغالب. (تخريج زيلعى)

(٦) محمد.

(٧) اللغوية.

(٨) الشجة.

(٩) أى تقدير الأرش.

(١٠) بالسماع.

(١١) أى فى الشجاج.

(١٢) عيب كردن.

(١٣) أى الوجه والرأس.

(١٤) قوله: "وأما اللحيان [لحى –بالفتح– جاى ريش از مردم ونجز آن وهما لحيان. (من) يريد به العظم الذى تحت الذقن. ع]" اللحى العظم الذى عليه الأسنان، ومنه رماه بلحى جمل. (مغرب)

فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر.

وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما، إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به[١] من غير فاصلة، وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضًا.

وقالوا[٢]: الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس، أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى: أن يقوم مملوكًا[٣] بدون هذا الأثر، ويقوم وبه[٤] هذا الأثر.

ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر، فربع عشر.

وقال الكرخى: ينظركم مقدار هذه الشجة من الموضحة[٥]، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية؛ لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه.

فصل[٦]

قال: وفى[٧] أصابع اليد[٨] نصف الدية؛ لأن فى كل إصبع عشر الدية على ما

---

(١٥) قوله: "فقد قيل إلخ" وفى الذخيرة والذقن من الوجه بلاخلاف، والعظم الذى تحت الذقن، وهو اللحيان، فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث فى اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا، خلافًا لمالك، وفى "مبسوط شيخ الإسلام" ويجب أن يفرض غسل اللحيين فى الطهارة؛ لأنهما من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع ههنا، فبقيت العبرة للحقيقة. (ك)

(١) أى بالوجه.

(٢) قوله: "وقالوا: الجائفة إلخ" وعليه فذكرها مع الشجاج له وجه من حيث إنها قد تكون فى الرأس؛ لكن نظر فيه الاتقانى بما فى مختصر الكرخى من أنها لا تكون فى الرقبة ولا فى الحلق، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر، والظهر والبطن والجنبين، وبما ذكره فى الأصل من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة إلخ، قال العينى: ولا تدخل الجائفة فى العشرة إذ لا يطلق عليها الشجة، وإنما ذكرت مع الآمة لاستواءهما فى الحكم. (رد المحتار)

(٣) قوله: "أن يقوم إلخ" فإن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفًا ومع الجراحة تبلغ قيمته تسع مائة، علمت أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته، فأوجبت عشر الدية؛ لأن قيمة الحر ديته، وبه أخذ شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى "فتاوى قاضى خان" الفتوى على هذا. (كفاية)

(٤) الواو للحال.

(٥) قوله: "ينظركم إلخ" بيان هذا أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا، فإنه ينظركم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة، وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة، قال شيخ الإسلام: هذا هو الأصح، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٦) قوله: "فصل" لما كانت الأطراف دون الرأس، ولها حكم على حدة، ذكرها فى فصل على حدة. (ع)

(٧) هذا قول القدورى. (عينى)

(٨) أى اليد الواحدة. (زيلعى)

روينا[١]، فكان فى الخمس نصف الدية، ولأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش[٢]، وهو الموجب[٣] على ما مر[٤].

فإن قطعها مع الكف، ففيه أيضًا نصف الدية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفى اليدين الدية وفى إحداهما[٥] نصف الدية»*، ولأن الكف تبع للأصابع؛ لأن البطش بها[٦]، وإن قطعها مع نصف الساعد[٧]، ففى الأصابع والكف نصف الدية، وفى الزيادة حكومة عدل، وهو[٨] رواية عن أبى يوسف.

وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل، فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ[٩]؛ لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية، واليد اسم[١٠] لهذه الجارحة[١١] إلى المنكب[١٢]، فلا يزاد على تقدير الشرع.

ولهما[١٣] أن اليد آلة باطشة، والبطش يتعلق بالكف، والأصابع دون الذراع، فلم يجعل الذراع تبعًا فى حق التضمين، ولأنه لا وجه إلى أن يكون[١٤] تبعًا للأصابع؛ لأن بينهما[١٥] عضواً[١٦] كاملا[١٧]، ولا إلى أن يكون تبعًا للكف[١٨]؛ لأنه

---

(١) قوله: "على ما روينا" وهو ما ذكر فى فصل ما دون النفس، قوله عليه السلام: «فى كل إصبع عشر من الإبل». (ك)

(٢) سخت گرفتن.

(٣) للدية.

(٤) قوله: "على ما مر" وهو قوله: ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة إلخ. (ك)

(٥) قوله: "وفى إحداهما" قال على القارى فى "شرح النقاية": إن النبى ﷺ قضى على قاطع اليد بنصف الدية، وكتب النبى ﷺ كتابًا إلى اليمن، وفيه وفى اليد الواحدة نصف الدية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٦، والدراية ج٢ ص٢٧٩ تحت الحديث ١٠٣٤. (نعيم)

(٦) أى بالأصابع.

(٧) هو من اليد ما بين المرفق والكف. (مغرب)

(٨) وهو مختار الطرفين.

(٩) لف ونشر مرتب.

(١٠) قوله: "واليد إلخ" وأجيب من قوله: واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع، فإن اليد إذا ذكرت فى موضع القطع، فالمراد به من مفصل الزند، كما فى آية السرقة. (ع)

(١١) من رؤوس الأصابع إلى الإبط. (ك)

(١٢) دوش آدمى. (م)

(١٣) أى للطرفين.

(١٤) الساعد.

(١٥) أى بين الساعد والأصابع.

تابع[١]، ولا تبع للتبع.

قال[٢]: وإن قطع الكف من المفصل وفيها إصبع واحدة، ففيه عشر الدية، وإن كان إصبعان فالخمس، ولا شيء فى الكف، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: ينظر إلى أرش الكف والإصبع[٣]، فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليل فى الكثير؛ لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين[٤]؛ لأن الكل شيء واحد[٥]، ولا[٦] إلى إهدار أحدهما؛ لأن كل واحد منهما أصل من وجه[٧]، فرجحنا بالكثرة.

وله أن الأصابع أصل، والكف تابع حقيقةً وشرعًا[٨]؛ لأن البطش يقوم بها، وأوجب الشرع فى إصبع واحدة عشرًا من الإبل، والترجيح من حيث الذات[٩]،

---

(١٦) أى الكف.

(١٧) كما لم يجعل إحدى اليدين تابعة للأخرى. (ك)

(١٨) قوله: "ولا إلى أن يكون إلخ" أى لا وجه إلى أن يكون تبعًا للكف؛ لأن الكف تابع للأصابع، ولا تبع للتبع؛ لأنه من حيث التبع لا يجب للكف شيء، ومن حيث إنه أصل الساعد وجب أن يجب له شيء، فيؤدى إلى الجمع بين الوجوب وعدمه، ولما لم يكن الساعد تبعًا لا إلى الأصابع، ولا إلى الكف، وجب اعتباره أصلا، إذ لا وجه إلى إهداره، ولم يرد من الشارع فيه شيء مقدر، فتجب فيه حكومة عدل. (ك)

(١) للأصابع.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) قوله: "ينظر إلى أرش الكف [أى حكومة العدل]" اعلم أنه إذا قطع الكف، ولا أصابع فيها قال أبو يوسف: فيها حكومة عدل لا يبلغ بها أرش إصبع؛ لأن الإصبع الواحدة يتبعها الكف على قول أبى حنيفة، فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع، كذا فى "الإيضاح". (ك)

(٤) أى أرش الأصابع وأرش الكف. (ن)

(٥) قوله: "لأن الكل شيء واحد" فإن ضمان الكف هو عين ضمان الأصابع، وضمان الأصابع هو عين ضمان الكف، فهو شيء واحد، فوجب الترجيح بالكثرة كما قلنا: فيمن شج رأسه، وتناثر بعض شعره حيث يدخل هنالك الأقل فى الأكثر، كذا ههنا. (ن)

(٦) أى لا وجه.

(٧) قوله: "أصل من وجه" أما الكف فلأن الأصابع قائمة به، وأما الأصابع فلأنها أصل فى منفعة البطش. (ت)

(٨) قوله: "تابع حقيقةً وشرعًا" إما من حيث الحقيقة، فلأن البطش بالأصابع، وإما من حيث الحكم فلأن الإصبع له أرش مقدر، والكف ليس له أرش مقدر، وما ثبت فيه التقدير شرعًا، فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه من الشارع، فهو ثابت بالرأى، والرأى لا يعارض النص، فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص أولى، وهذا لأن المصير إلى الرأى للضرورة، وهذه الضرورة لا تتحقق عند إمكان إيجاب المقدر بالنص. (ك)

(٩) قوله: "والترجيح من حيث الذات [أى من حيث الحقيقة والشرع] والحكم" أى من حيث الحقيقة، والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب؛ لأن المصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة فى القوة، ولا مساواة بين الرأى والنص، فلا يصار إلى الترجيح، هذا إذا بقى إصبع واحدة، وأما إذا لم يبق من الإصبع إلا مفصل واحد، ففى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة يجب فيه أرش ذلك المفصل، ويجعل الكف تبعًا له؛ لأن أرش ذلك المفصل مقدر، وما بقى شيء

والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب[١]، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع، ولا شيء في الكف بالإجماع؛ لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل، فاستتبعت الكف، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها[٢]. قال: وفي الإصبع الزائدة حكومة عدل[٣] تشريفًا للآدمي؛ لأنه جزء من يده[٤]؛ لكن لا منفعة فيه ولا زينة، وكذلك السن الشاغية[٥]؛ لما قلنا[٦].

وفي عين الصبي[٧] وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل، وقال الشافعي: تجب فيه دية كاملة؛ لأن الغالب فيه الصحة، فأشبه قطع المارن[٨] والإذن[٩]. ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء[١٠] المنفعة، فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة للإلزام[١١]، بخلاف المارن[١٢]، والأذن الشاخصة[١٣]؛ لأن المقصود هو الجمال، وقد فوته على

من الأصل وإن قل، فلا حكم للتبع، كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطة في المحلة، لا يعتبر السكان، وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا كان الباقي دون إصبع، فإنه يعتبر فيه الأقل والأكثر، فيدخل الأقل في الأكثر؛ لأن أرش الإصبع منصوص عليه، فأما أرش كل مفصل غير منصوص عليه، وإنما اعتبرنا ذلك المنصوص بنوع رأي، وكونه أصلا باعتبار النص، فإذا لم يرد النص في أرش مفصل واحد، اعتبرنا فيه الأقل والأكثر، ولكن الأول أصح، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(١) كثرة وقلة.

(٢) فتكون الكف تابعة.

(٣) قوله: "حكومة عدل" أي سواء كان في العمد أو في الخطأ، وسواء فيما إذا كان للقاطع إصبع زائدة أم لا، هكذا ذكر في الذخيرة، ولا يقال: بأن قوله عليه السلام: «في كل إصبع كذا» مطلق، وهذا إصبع؛ لأنا نقول: إنما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند الناس، والإصبع الزائدة ليست بهذه المثابة، فلا يتناوله النص. (ك)

(٤) قوله: "لأنه [إصبع زائد] جزء من يده" قيل عليه: إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة، وأزالها رجل، ولم ينبت مثلها، فإنه لم يجب فيه حكومة عدل، وقد كان الشعر جزءً من الآدمي، بدليل أنه لا يحل الانتفاع به، وأجيب: بأن الوجوب إذا بقي من أثره ما يشينه، كما في قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعرات برأسه، لا تشينه فلا يوجبها، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه. (عناية)

(٥) قوله: "الشاغية [أي الزائدة، أي التي يخالف، نبتها نبت غيرها من الأسنان]" الشاغية شغانًا همواری دندان، ونا هموار بر آمدن آن، يقال: شغت أسنانه شغوًا وشغًا أي اختلفت في نبتها بالطول والقصر والدخول والخروج، سن شاغية دندان زائد. (من)

(٦) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله لأنه جزء من يده، والسن الشاغية أيضًا جزء من فمه. (ك)

(٧) هذا لفظ القدوري.

(٨) هو ما لان من الأنف، أي مارن الصبي وأذنه.

(٩) الشاخصة.

(١٠) أي العين والذكر واللسان.

(١١) لا الزينة.

(١٢) قوله: "لا يصلح حجة للإلزام" إنما قيد بالإلزام؛ لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى إنه لو

الكمال.

وكذلك لو استهل الصبي[١]؛ لأنه[٢] ليس بكلام، وإنما هو مجرد صوت، ومعرفة الصحة فيه[٣] بالكلام، وفي الذكر بالحركة[٤]، وفي العين بما يستدل به على النظر، فيكون بعد ذلك[٥] حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ.

قال[٦]: ومن شج[٧] رجلا، فذهب عقله أوشعر رأسه، دخل أرش الموضحة في الدية؛ لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء[٨]، فصار كما إذا أوضحه[٩] فمات، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت[١٠] يسقط، والدية[١١] بفوات كل الشعر، وقد تعلّقا[١٢] بسبب واحد[١٣]، فدخل الجزء في الجملة[١٤]، كما إذا قطع إصبع رجل فشلّت[١٥] يده.

أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً، يخرج عن عهدة الكفارة؛ لأن الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل في قوله: يجزئه رضيم. (عناية)

(١٣) بلند.

(١) استهلال: بانگ كردن كودك در وقت زادن. (م)

(٢) استهلال.

(٣) أي في اللسان.

(٤) قوله: "بالحركة" أي بالحركة عند البول، كذا في "الذخيرة". (حميدية)

(٥) معرفة.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي موضحة. (ك)

(٨) فيدخل الجزء في الكل.

(٩) قوله: "فصار كما إذا أوضحه [أي شجه موضحة] فمات" يعني من حيث إن إذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم أو من حيث إن العقل ليس في موضع يشار إليه، فصار كالروح. (عناية)

(١٠) والتأمت الشجة. (ك)

(١١) تجب.

(١٢) قوله: "وقد تعلّقا" يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد، هو فوات الشعر، لكن الموضحة للبعض، وسبب الدية الكل، فيدخل الجزء في الجملة. (عناية)

(١٣) وهو فوات الشعر بالشج.

(١٤) قوله: "فدخل الجزء في الجملة [أي في الكل]" يعني أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر، وكذلك وجوب الدية أيضاً بفوات الشعر كله، فعلم بهذا أن سببهما شيء واحد، وهو فوات الشعر، ولما كان كذلك، فيدخل الأقل في الأكثر، كما إذا قطع الكف مع الأصابع حيث يدخل موجب الكف، وهو حكومة العدل في أرش الأصابع. (ك)

(١٥) شلل: تباه وخشك شدن دست. (م) يجب أرش اليد ويدخل أرش الإصبع فيه.

وقال زفر: لا يدخل[١]؛ لأن كل واحد[٢] جناية فيما دون النفس، فلا يتداخلان كسائر الجنايات، وجوابه ما ذكرنا[٣].

قال: وإن ذهب[٤] سمعه، أو بصره، أو كلامه، فعليه أرش الموضحة مع الدية، [٥] قالوا[٦]: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى[٧].

وعن أبي يوسف[٨] أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام، ولا تدخل في دية البصر. وجه الأول[٩]: أن كلا منها[١٠] جناية فيما دون النفس، والمنفعة[١١] مختصة به، فأشبه الأعضاء المختلفة[١٢]، بخلاف العقل؛ لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء، على ما بينا[١٣]. وجه الثاني[١٤]: أن السمع[١٥] والكلام مبطن[١٦]، فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر[١٧]، فلا يلحق به[١٨].

---

(١) أرش الموضحة في الدية.

(٢) من الموضحة، وذهاب العقل، أو شعر الرأس.

(٣) قوله: "ما ذكرنا" قيل: يعني به قوله: لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل: قوله: وقد تعلقا بسبب واحد، وهو أشمل من الأول. (عناية)

(٤) بسبب الشجة الموضحة.

(٥) أي لا تدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر والكلام. (زيلعي)

(٦) المشايخ.

(٧) قوله: "وأبي يوسف" ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً مخالف للكتب المتداولة، والأصح ذكر محمد مع أبي حنيفة. (ن)

(٨) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" هذا الذي ذكره إذا كان خطأً، أما إذا كان عمداً يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة، وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر والكلام. (عناية)

(٩) قوله: "وجه الأول" وهو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. (ع)

(١٠) أي من الموضحة وذهاب السمع والبصر والكلام.

(١١) أي منفعة كلي.

(١٢) والجناية متى وقعت على الأعضاء لا يدخل أرش واحد في الآخر.

(١٣) قوله: "على ما بينا" يعني قوله: لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء. (ع)

(١٤) يعني قوله: وعن أبي يوسف إلخ.

(١٥) قوله: "أن السمع والكلام إلخ" قيل: يراد به الكلام النفسي بحيث لا يرتسم فيها المعاني، ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات، ففي جعله مبطناً نظر. (ع)

(١٦) قوله: "مبطن" يعني قوة السمع والكلام لا يعرف بالحس غالباً، حتى لا يفرق بين الأصم والسميع والمتكلم والأخرس في بادي الرأي غالباً، كما لا يعرف بين العاقل وغيره في بادي الرأي، بخلاف الأعمى والبصر. (أعظمي)

(١٧) قوله: "فيعتبر بالعقل" فيدخل أرش الشجة الموضحة في دية السمع والكلام، كما تدخل في دية العقل.. (مل)

قال: وفي "الجامع الصغير": ومن شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه، فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة، قالوا: وينبغي أن تجب الدية فيهما[١].

وقالا: في الموضحة القصاص، قالوا[٢]: وينبغي أن تجب الدية[٣] في العينين.

قال[٤]: وإن قطع إصبع رجل من المفصل الأعلى، فشل[٥] ما بقى من الإصبع أو اليد كلها، لا قصاص عليه في شيء من ذلك.

وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى، وفيما بقى[٦] حكومة عدل، وكذلك[٧] لو كسر بعض سن رجل، فاسودّ ما بقي، ولم يحكِ[٨] خلافًا، وينبغي أن تجب الدية في السن كله.

ولو قال[٩]: اقطع المفصل[١٠]، واترك ما يبس، واكسر القدر المكسور، واترك الباقي لم يكن له ذلك؛ لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبًا للقود[١١]، فصار كما لو شجه منقلة، فقال: أشجه موضحة[١٢] وأترك الزيادة.

لهما في الخلافية[١٣] أن الفعل في محلين، فيكون جنايتين مبتدأتين، فالشبهة في

---

(١٨) قوله: "فلا يلحق به" أي بذهاب العقل، فلذلك لا يدخل أرش الشجة في دية البصر، وقال في "الإيضاح": وهذا الفرق لا يتضح، وذكر في "المبسوط" بعد ما ذكر تعليل أبي يوسف، ولكنا نقول: محل السمع غير محل الشجة، وكذلك محل البصر، وبتفويتهما لا يتبدل النفس، وإنما يجب الدية لتفويت منفعة مقصودة، فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة. (ك)

(١) قوله: "قالوا: وينبغي إلخ" أي قال المشايخ: على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب الدية في العينين، والأرش في الموضحة. (ك)

(٢) مشايخ.

(٣) قوله: "ينبغي أن تجب إلخ" أي قال المشايخ: على قول أبي يوسف ومحمد يجب القصاص في الموضحة، والدية في العينين. (ك)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) تباه وخشك گرديد.

(٦) قوله: وفي ما بقى" أي من الإصبع حكومة عدل لا كل اليد، فإن فيها تجب الدية؛ كما مر في قوله: كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده. (مل)

(٧) أي لا قصاص.

(٨) محمد في "الجامع الصغير".

(٩) المظلوم.

(١٠) الأعلى.

(١١) فليس له استيفاء القود.

(١٢) فلا يسمع إلى قوله: لأن الشجة المنقلة لا يوجب القود في نفسها.

(١٣) قوله: "لهما في الخلافية" أي فيما إذا شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه، قالا: في الموضحة القصاص، والدية

أحدهما[١] لا تتعدى إلى الآخرى[٢]، كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه، ونفذ منه إلى غيره فقتله، يجب القود فى الأول[٣]، والدية فى الثانى.

وله أن الجراحة الأولى سارية[٤]، والجزاء بالمثل، وليس فى وسعه السارى[٥] فيجب المال.

ولأن الفعل واحد حقيقة، وهو الحركة القائمة[٦]، وكذا المحل[٧] متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر، فأورثت نهايته شبهة الخطأ فى البداية[٨]، بخلاف النفسين[٩]؛ لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الإصبع[١٠]؛ لأنه[١١] ليس فعلا مقصوداً.

قال[١٢]: وإن قطع إصبعًا، فشلت[١٣] إلى جنبها أخرى، فلا قصاص فى شىء

فى العينين. (ك)

(١) أى فى ذهاب العينين.

(٢) فالقصاص فى الشجة والدية فى العينين..

(٣) لا فى الثانى للشبهة.

(٤) قوله: "وله أن الجراحة إلخ" أبو حنيفة يقول: هذه جناية وسرايتها، وقد تعذر إيجاب القصاص باعتبار سرايتها، فلا يجب القصاص باعتبار أصلها، كما إذا قطع إصبعًا، فشلت الإصبع، وهذا لأن السراية أثر الجناية، وهى مع أصل الجناية فى حكم فعل واحد. (ك)

(٥) قوله: "وليس فى وسعه السارى" أى الجراحة التى تعمل قصاصاً، قد لا تكون سارية، إذ ليس فى وسعه فعل ذلك، فلا يكون مثلا للأولى، ولا قصاص بدون المما ثلة. (ع)

(٦) أى الثابتة وقت الشج.

(٧) أى محل الجنايتين. (ع)

(٨) قوله: "فأورثت نهايته إلخ" أى نهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق، فيورث الشبهة فى البداية نظراً إلى اتحادهما، فإذا صار لا يوجب القود بعاقبة أثر ذلك فى البداية. (مل)

(٩) قوله: "بخلاف التفسين" جواب عن قولهما، كمن رمى إلى رجل عمداً، فأصابه إلخ، ووجه ذلك إنا جعلنا الفعل واحدا من حيث إن الثانى حصل من سراية الأول، وههنا ليس كذلك، فإن السراية إنما تكون تبعًا، وهو إنما يتحقق فى شخص واحد، فالفعل فى النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الأولى، إذ لا يتصور السراية من نفس إلى نفس، فلا بد من أن يجعل ذلك فى حكم فعل على حدة، وهو خطأ. (مل)

(١٠) قوله: "بخلاف ما إذا وقع إلخ" جواب عما يقال: إذا قطع إصبع رجل عمداً، فاضطرب السكين، ووقع على إصبع أخرى، فقطعها خطأ يقتص للأولى دون الثانية، فما بال مسألتنا لم يكن كذلك. (ع)

(١١) قوله: "لأنه" أى لأن قطع الإصبع الأخرى ليس فعلا مقصوداً، أى من الأول، أى ليس قطع الأخرى من أثر الفعل الأول، فإن الخطأ لا يقصد من العمد، فلا يمكن أن يجعل الثانى تتمة للأول، ونهاية له، فلا يورث الشبهة فى الأول؛ لكونهما فعلين متغايرين، منفصلا أحدهما عن الآخر من كل وجه، فينفرد الثانى بحكمه، بخلاف السراية، فإنها قد تقصد من الأول، فيمكن أن تجعل تتمة للأول ونهاية له، فيورث السراية شبهة فى أولها. (مل)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

من ذلك عند أبى حنيفة. وقالا[١] وزفر والحسن: يقتص من الأولى وفى الثانية أرشها، والوجه من الجانبين قد ذكرناه[٢].

وروى ابن سماعة عن محمد فى المسألة الأولى، وهو ما إذا شج موضحة، فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما[٣]؛ لأن الحاصل بالسراية مباشرة، كما فى النفس[٤]. والبصر يجرى فيه القصاص، بخلاف الخلافية الأخيرة[٥]؛ لأن الشلل لا قصاص فيه، فصار الأصل[٦] عند محمد على هذه الرواية[٧] أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص، كما لو آلت[٨] إلى النفس، وقد[٩] وقع الأول ظلماً[١٠].

ووجه المشهور[١١] أن ذهاب البصر بطريق التسبيب، ألا ترى أن الشجة بقيت[١٢] موجبة فى نفسها[١٣]، ولا قود فى التسبيب، بخلافُ السراية إلى النفس؛ لأنه لا تبقى الأولى، فانقلبت الثانية مباشرةً.

---

(١٣) أى فشلت أخرى منضمة إلى جنبها.

(١) قوله: "وقالا وزفر إلخ" هذا التركيب غير جائز، ولو قال: وقالا هما وزفر كان صواباً. (عناية)

(٢) قوله: " قد ذكرناه آنفاً" فى قوله: ومن شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه إلخ . (ك)

(٣) قوله: "قوله: أنه يجب القصاص فيهما [أى فى الشجة وذهاب البصر]" وفرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من شجة وبين ذهاب السمع منها، فأوجب القصاص فيها فى الأول دون الثانى؛ لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه، حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص؛ لتعذر اعتبار المساواة، بخلاف البصر، فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص، فكذلك بسراية الموضحة. (ف)

(٤) فإن قتلها بالسراية مباشرة.

(٥) يعنى قوله: وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى. (ف)

(٦) أى القاعدة الكلية.

(٧) أى رواية ابن سماعة.

(٨) قوله: "كما لو آلت" أى آلت الجراحة وسرت إلى النفس، أى قطع إصبع رجل عمداً، فسرى ومات يجب القصاص. (ك)

(٩) الواو حالية.

(١٠) أى عمداً. (ك)

(١١) أى الرواية المشهورة عن محمد.

(١٢) قوله: "ألا ترى إلخ" إيضاح لما أن ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبيب لا بطريق المباشرة، إذ لو كان بطريق المباشرة، لكان المعتبر ذهاب العينين فى إثبات موجبه، دون الشجة، كما إذا سرى الموضحة إلى النفس، لا يبقى الموضحة معتبرة، حتى لا يجب موجبها، بل المعتبر هوالجناية على النفس. (ك)

(١٣) قوله: "بقيت موجبة فى نفسها" حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبى حنيفة، والقصاص فى الموضحة والأرش فى العينين عندهما. (ف)

قال[١] : ولو كسر بعض السن[٢] ، فسقطت[٣] ، فلا قصاص[٤] إلا على رواية ابن سماعة[٥] ، ولو أوضحه موضحتين فتأكّلتا[٦] ، فهو على الروايتين هاتين[٧] .

قال[٨] : ولو قلع سن رجل[٩] ، فنبتت مكانها أخرى ، سقط الأرش فى قول أبى حنيفة . وقالا : عليه الأرش كاملا ؛ لأن الجناية قد تحققت ، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى[١٠] . وله أن الجناية انعدمت معنًى[١١] ، فصار كما إذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع ؛ لأنه لم يفت عليه منفعة ، ولا زينة ، وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة عدل[١٢] ؛ لمكان الألم الحاصل .

ولو قلع سن غيره ، فردها صاحبها فى مكانها ، ونبت عليه اللحم ، فعلى القالع الأرش بكماله[١٣] ؛ لأن هذا[١٤] مما لا يعتد به ؛ إذ العروق لا تعود ، وكذا[١٥] إذا

---

(١) أى المصنف. (عينى)

(٢) قوله: "ولو كسر" ولو كسر سن إنسان من الأصل عمداً، أو نزعه من الأصل، يجب القصاص، قال بعض العلماء: يؤخذ سنه بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم، ويسقط ما سواه، وإن كسر بعض السن، ولم يسود الباقى، يجب القصاص بقطع قدر ما كسر بالمبرد. (قاضى خان)

(٣) السن.

(٤) على الجانى.

(٥) عن محمد.

(٦) أى صارتا واحدةً بالأكل. (ع)

(٧) قوله: "فهو [أى حكم هذه المسألة] على الروايتين هاتين " أى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد، يعنى لا قصاص على المشهورة، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة. (ع)

(٨) أى القدورى (عينى)

(٩) بالغ.

(١٠) فإن نبات سن البالغ ثانياً نادر .

(١١) بالنبات.

(١٢) قوله: "أنه تجب إلخ" أى فيما إذا قلع سن رجل ثم نبت مكانها أخرى، تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل، أى يقوم، وليس به هذا الألم، ويقوم، وبه هذا الألم، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة، كذا نقل عن ركن الأئمة الصناعى. (ك)

(١٣) قوله: "فعلى القالع إلخ" قال شيخ الإسلام: وهذا إذا لم يعد إلى حالها الأولى بعد النبات فى المنفعة، والجمال والغالب أن لا يعود إلى تلك الحالة؛ لأن المقلوع لا يلزق بالعصب والعروق فى الغالب، فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة، وأما لو تصور عود الجمال، والمنفعة بالإنبات لم يكن على القالع شىء، كما لو نبت السن المقلوعة، كما فى "الذخيرة". (ك)

(١٤) أى النبات.

(١٥) أى ثبوت الأرش.

قطع إذنه، فألصقها[١] فالتحمت[٢]؛ لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه.

ومن[٣] نزع سن رجل[٤]، فانتزع المنزوعة سنه سن النازع، فنبتت سن الأول[٥]، فعلى الأول لصاحبه[٦] خمس مائة درهم؛ لأنه تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبتت مكانها[٧] أخرى، فانعدمت الجناية، ولهذا يستاني حولا بالإجماع[٨].

وكان ينبغي أن ينتظر الياس في ذلك[٩] للقصاص، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق، فاكتفينا بالحول؛ لأنه تنبت[١٠] فيه ظاهراً، فإذا مضى الحول ولم تنبت[١١] قضينا بالقصاص، وإذا نبتت[١٢] تبين أنا أخطأنا فيه[١٣]، والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص؛ للشبهة[١٤] فيجب المال.

قال[١٥]: ولو ضرب إنسان سن إنسان، فتحركت يستاني[١٦] حولا؛ ليظهر أثر

(١) صاحبها.

(٢) التحام به شدن جراحت. (م)

(٣) زيد.

(٤) عمرو.

(٥) قوله: "فنبتت سنّ [أي المنزوع الأول وهو عمرو] الأول [عمرو]" يعني بغير اعوجاج، وإن نبت معوجاً يجب حكومة عدل. (ع)

(٦) زيد.

(٧) سن منزوعه.

(٨) قوله: "ولهذا يستأني [استأني: درنگ كرد] حولا" أي يؤجل سنة بالإجماع، ثم هذه الرواية تخالف رواية التتمة، وفيها أن في سن البالغ إذا سقط ينتظر، حتى يبرأ موضع السن لا الحول، وهو الصحيح؛ لأن نبات سن البالغ نادر، فلا يفيد التأجيل، إلا أنه قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش؛ لأنه لا يدري عاقبته. وفي "الذخيرة": وبعض مشايخنا قالوا: الاستئناء حولا في فصل البالغ، والصغير جميعاً؛ لقوله عليه السلام: «في الجراحات كلها يستأني حولا»، وفي المجرد عن أبي حنيفة أنه إذا نزع سن إنسان، ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميناً من القالع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت السنة، ولم ينبت، اقتص منه، قال هشام: قلت لمحمد: في من ضرب سن رجل، فسقط أينتظر بها حولا، لعلها نبتت، قال: لا، فقلت: أقال واحد من إخوانك ينتظر، قال: لا، إنما ذلك إذا تحركت. (كفاية)

(٩) أي في البرء.

(١٠) السن.

(١١) السن.

(١٢) السن.

(١٣) أي في النزع.

(١٤) فإنه نزع ظانا أنه بدل للنزع السابق.

(١٥) أي المصنف، وهذا كله إلى قوله: ومن شج من مسائل "الأصل". (عيني)

فعله، فلو أجله القاضي سنة، ثم جاء المضروب، وقد[١] سقطت سنه، فاختلفا قبل السنة[٢] فيما سقط بضربه، فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل[٣] مفيداً.

وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة، فجاء، وقد[٤] صارت[٥] منقلة، فاختلفا[٦]، حيث يكون القول قول الضارب؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلة[٧]، أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا.

وإن اختلفا[٨] في ذلك[٩] بعد السنة، فالقول للضارب؛ لأنه ينكر[١٠]، أثر فعله، وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي؛ لظهور الأثر، فكان القول للمنكر، ولو لم تسقط[١١]، لا شيء على الضارب. وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة الألم[١٢]، وسنبين الوجهين[١٣] بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو لم تسقط، ولكنها اسودت، يجب الأرش في الخطأ على العاقلة[١٤]، وفي

---

(١٦) أي يؤجل.

(١) الواو حالية.

(٢) قوله: "فاختلفا قبل إلخ" أي قال المضروب سقطت سني من ضربك، فقال الضارب: لا، بل من ضرب رجل آخر، فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل مفيداً؛ لأن التأجيل ما كان إلا ليظهر أثر فعله في تلك المدة، فكان من ضرورة اعتبار الأجل أن يعتبر قول المضروب، إذ لو لم يعتبر لم يكن مفيداً، وأما بعد مضي الحول فقد انتهى وقت ظهور الأثر، فالمضروب يدعي على الضارب أن السقوط من أثر فعله، وهو مضمون عليه، وهو ينكر، فكان القول قوله. (ك)

(٣) قوله: "التأجيل" يعني أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قوله، كان التأجيل وعدمه سواء. (ع)

(٤) الواو حالية.

(٥) الشجة.

(٦) قوله: "فاختلفا حيث إلخ" فقال المشجوج: إن الموضحة صارت منقلة، وقال الشاج: لا، بل هذه المنقلة شجة رجل آخر.

(٧) فالظاهر شاهد للضارب.

(٨) الضارب والمضروب.

(٩) أي في سقوط السن. (ع)

(١٠) والمضروب يدعي على الضارب أن السقوط من أثر فعله.

(١١) بعد التأجيل.

(١٢) وهو حكومة العدل. (زيلعي)

(١٣) قوله: "وسنبين الوجهين" أي وجه قوله: لا شيء على الضارب ووجه حكومة الألم، والموعود بعد هذا هو قوله: سقط الأرش عند أبي حنيفة؛ لزوال الشين الموجب، وقال أبو يوسف: أرش الألم؛ لأن الشين وإن زال، فالألم الحاصل ما زال. (ك)

(١٤) قوله: "يجب الأرش" وفي "الذخيرة": ثم إن محمداً أوجب كمال الأرش باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى أو من الأسنان التي ترى، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل

العمد فى ماله، ولا يجب القصاص؛ لأنه لا يمكنه[١] أن يضربه ضربًا تسود[٢] منه، وكذا إذا كسر بعضه[٣]، واسود الباقى لا قصاص[٤]؛ لما ذكرنا[٥]، وكذا لو أحمر، أو أخضر[٦]، ولو اصفرّ فيه روايتان.

قال[٧]: ومن شج رجلا فالتحمت[٨]، ولم يبقَ لها أثر، ونبت الشعر سقط الأرش، عند أبى حنيفة؛ لزوال الشين[٩] الموجب.

وقال أبو يوسف: يجب عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل؛ لأن الشين إن زال، فالألم الحاصل ما زال، فيجب تقويمه[١٠]. وقال محمد: عليه أجرة الطبيب وثمن الدواء؛ لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله[١١]، فصار[١٢] كأنه[١٣] أخذ ذلك[١٤] من ماله. إلا أن أبا حنيفة يقول[١٥]: إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا

إن كان السن من الأضراس التى لا ترى، فإن فات منفعة المضغ بالاسوداد، يجب الأرش كاملا، وإن لم يفت منفعة المضغ، يجب فيه حكومة العدل؛ لأن منفعته قائمة، وجماله ليس بظاهر، فيجب فيه حكومة عدل، وإن كان من الأسنان التى ترى يجب كمال الأرش، وإن لم يفت منفعته؛ لأنه فوت جمالا ظاهراً على الكمال. (كفاية)

(١) مضروب.

(٢) السن.

(٣) سن.

(٤) قوله: "لا قصاص" بل كل دية السن إذا فات منفعة المضغ، وإلا فلو مما يرى حال التكلم، فالدية أيضًا، وإلا فحكومة عدل. (زيلعى)

(٥) قوله: "لما ذكرنا" وهو قوله: لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربًا يسود منه. (ك)

(٦) قوله: "وكذا لوأحمر إلخ" أى لا قصاص بل يجب الأرش فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله، ولم يذكر الاصفرار، وهو كالاسوداد، وعند بعض المشايخ: يجب كمال الأرش، وعند آخرين حكومة عدل؛ لأنه لم يفت جنس منفعة السن، ولا فوت الجمال على الكمال؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان فى بعض الإنسان، وإنما يكون فيه نوع نقص، فيجب الحكومة، بخلاف الحمرة والخضرة والسواد؛ لأنها لا تكون لون الأسنان بحال، فكان مفوتا للجمال على الكمال، إذا كانت بادية. (مل)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) التحام به شدن جراحت. (م)

(٩) عيب.

(١٠) قوله: "فيجب تقويمه" أى تقويم الفائت بالألم، وهو الصحة، وهو ما زال؛ لأن زوال الفائت بحصول البدل، ولم يحصل، لكن حصل صحة أخرى فى زمان آخر غير قائمة مقام الفائت. (أعظمى)

(١١) شاج.

(١٢) فيرجع عليه. (ك)

(١٣) شاج.

(١٤) الأجرة والثمن.

(١٥) قوله: "إلا أن أباحنيفة إلخ" جواب عن قول أبى يوسف، فالألم الحاصل ما زال، وعن قول محمد: إنما لزمه

بعقد، أو بشبهة[١]، ولم يوجد[٢] في حق الجاني، فلا يغرم شيئًا[٣].

قال[٤]: ومن ضرب رجلا مائة سوط، فجرحه[٥] فبرأ منها، فعليه أرش الضرب، معناه إذا بقى أثر الضرب، فأما إذا لم يبقَ أثره، فهو على اختلاف[٦] قد مضى فى الشجة الملتحمة.

قال[٧]: ومن قطع يد رجل خطأ، ثم قتله[٨] قبل البرء، فعليه الدية وسقط أرش اليد؛ لأن الجناية من جنس واحد[٩]، والموجب واحد، وهو الدية، وإنها بدل النفس بجميع أجزاءها، فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء.

قال[١٠]: ومن جرح رجلا جراحة، لم يقتص[١١] منه حتى يبرأ، وقال الشافعى: يقتص منه فى الحال اعتباراً بالقصاص فى النفس، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «يستأنى فى الجراحات سنة»*، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها؛ لأن حكمها فى الحال غير معلوم، فلعلها تسرى إلى النفس، فيظهر أنه قتل، وإنما يستقر الأمر بالبرء.

قال[١٢]: وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة[١٣]، فالدية فى مال القاتل[١٤]،

أجرة الطبيب، ووجهه أن تحمل الألم من المنافع والمعالجة كذلك، والمنافع على أصلنا لا تتقوم. (ع)

(١) قوله: "إلا بعقد" كالإجارة الصحيحة، والمضاربة الصحيحة، أو بشبهة كالإجارة الفاسدة، والمضاربة الفاسدة. (ع)

(٢) أى العقد، أو شبهته.

(٣) قوله: "فلا يغرم [الجانى] شيئًا" ولا قيمة لمجرد الألم، ألا ترى أنه لو ضربه ضربة تألم بها، ولم يؤثر فيه لا يجب شيء، أرأيت لو شتمه شتمة لكان عليه أرش باعتبار إيلام حل بقلبه. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) وإن لم يجرحه، فلا شيء عليه بالاتفاق. (ع)

(٦) قوله: "فهو على اختلاف قد مضى إلخ" هو سقوط الأرش عند أبى حنيفة، ووجوب أرش الألم عند أبى يوسف، ووجوب أجرة الطبيب عند محمد. (ع)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) أى خطأ. (ك)

(٩) قوله: "لأن الجناية من جنس واحد" لكون كل واحد منهما خطأ، وقد تقدم أقسام هذه المسألة. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) فى الحال.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٦، والدراية ج٢ ص٢٧٩، الحديث ١٠٣٥. (نعيم)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

وكل أرش وجب بالصلح، فهو فى مال القاتل[١]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[٢]: «لا تعقل العواقل عمداً» * الحديث[٣]، وهذا عمد غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين؛ لأنه مال وجب بالقتل ابتداء[٤]، فأشبه شبه العمد، والثانى: يجب حالا؛ لأنه مال وجب بالعقد[٥]، فأشبه الثمن فى البيع.

قال[٦]: وإذا قتل الأب ابنه عمداً[٧]، فالدية فى ماله فى ثلاث سنين[٨].

وقال الشافعى: تجب حالة؛ لأن الأصل[٩] أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا، والتأجيل للتخفيف فى الخاطئ[١٠]، وهذا عامد فلا يستحقه، ولأن المال وجب جبراً لحقه[١١]، وحقه[١٢] فى نفسه[١٣] حال، فلا ينجبر بالمؤجل[١٤]

---

(١٣) كقتل الأب ابنه عمداً. (زيلعى)

(١٤) لا على العاقلة.

(١) قوله: "فهو فى مال القاتل" فإن الذى يجب بالصلح إنما وجب بعقد، والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد، وإنما تتحمل ما وجب بالقتل. (زيلعى)

(٢) رواه البيهقى عن الشعبى، كذا فى "شرح النقاية".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٩، والدراية ج٢ص٢٨٠، الحديث١٠٣٦. (نعيم)

(٣) قوله: "الحديث" ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما دون أرش الموضحة، وقوله: ولا عبداً أى ولا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس؛ لأن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، والعاقلة لا تقبل الجنايات المالية، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ، فالقيمة على العاقلة؛ لأنها بدل الدم، ودم العبد لا يسلك بها مسلك الأموال، وقد قيل: إن المراد منه أن العبد إذا جنى جناية، فالمولى هو الذى يلزمه الدفع، أو الفداء دون عاقلة المولى، كذا فى الأوضح . (ك)

(٤) أى لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح على مال. (ع)

(٥) أى بعقد الصلح.

(٦) أي القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وإذا قتل الأب إلخ" كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى. (ع)

(٨) قوله: "فالدية فى ماله" فإن قيل: لما وجب المال يجب غسله؛ لأن وجوب المال يمنع الشهادة، قيل: وجب القصاص ههنا؛ لأنه عمد إلا أنه تعذر استيفاءه لشرف الأبوة، فوجب البدل كيلا يهدر الدم وللبدل حكم المبدل، وقال القاضى الإمام أبو زيد: يجب القصاص على الصبى، كما يجب عليه أرش الجنايات وضمان المتلفات، إلا أنه سقط لكونه مظنة للمرحمة. (ك)

(٩) أى القاعدة الكلية.

(١٠) فإنه معذور.

(١١) ابن.

(١٢) ابن.

(١٣) ابن.

(١٤) أى الحق فى النفس.

ولنا أنه مال واجب بالقتل، فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد، وهذا لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال؛ لعدم التماثل[١]، والتقويم ثبت بالشرع، وقد ورد[٢] به مؤجلا لا معجلا، فلا يعدل عنه[٣]، لا سيما إلى زيادة[٤]، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية[٥] قدرًا لا يجوز وصفًا.

وكل جناية اعترف بها الجاني، فهي في ماله، ولا يصدق على عاقلته؛ لما روينا[٦]، ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره، فلا يظهر[٧] في حق العاقلة.

قال:[٨] وعمد الصبي والمجنون خطأ، وفيه الدية على العاقلة، وكذلك[٩] كل جناية موجبها[١٠] خمس مائة فصاعدًا، والمعتوه[١١] كالمجنون.

وقال الشافعي: عمده[١٢] عمد، حتى تجب الدية في ماله؛ لأنه عمد حقيقة، إذ العمد هو القصد[١٣]، غير أنه تخلف عنه أحد حكميه، وهو القصاص، فينسحب[١٤]

---

(١) قوله: "لعدم التماثل [بين المال والآدمي]" لأن الآدمي مالك مبتذل، والمال مملوك مبتذل، فلا يتماثلان. (ك)

(٢) الشرع.

(٣) أي عن الشرع.

(٤) قوله: "لا سيما إلى زيادة" فإن المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية، ألا ترى أن في العرف يشترى الشيء بالنسيئة أكثر مما يشترى بالنقد، فإيجاب المال بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع معنى، كذا في "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "ولما لم يجز إلخ" أي لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفًا؛ لأن الوصف تبع للقدر. (ك)

(٦) يعني قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل عمداً ولا اعترافًا». (ع)

(٧) الإقرار.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي فهو على العاقلة.

(١٠) وما موجبه الأقل فهو في ماله؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال.

(١١) أي مختلط الكلام.

(١٢) أي عمد كل واحد منهم. (ك)

(١٣) قوله: "إذ العمد هو القصد" فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد، ولهذا يؤدب ويعزر، والتعزير إنما يكون على فعل يقع عمداً لا خطأ، إلا أنه يبتنى على هذا القصد حكما أن القود والدية في ماله حالا، والصبي ليس من أهل أحد الحكمين، وهو العقوبة؛ لأنها تبتنى على الخطاب، وهو غير مخاطب، وهو من أهل الحكم الآخر، وهو وجوب الضمان في ماله، كما في غرمات الأموال، فيلزمه، وذلك بمنزلة السرقة، فإنه يتعلق به حكمان القطع وهو عقوبة، وهو ليس من أهله، والضمان وهو من أهله، فيلزمه ذلك. (كافي)

(١٤) انسحاب: كشيده شدن.

عليه حكمه الآخر، وهو الوجوب فى ماله، ولهذا[١] تجب الكفارة به[٢]، ويحرم عن الميراث على أصله[٣]؛ لأنهما يتعلقان بالقتل.

ولنا ما روى عن على رضى الله تعالى عنه[٤] أنه جعل عقل[٥] المجنون على عاقلته، وقال[٦]: عمده وخطأه سواء، ولأن الصبى مظنة المرحمة، والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف، حتى وجبت الدية على العاقلة، فالصبى وهو أعذر[٧] أولى بهذا التخفيف.

ولا نسلم تحقق العمدية، فإنها تترتب على العلم، والعلم بالعقل، والمجنون عديم العقل، والصبى قاصر العقل، فأنى[٨] يتحقق منهما القصد، وصار[٩] كالنائم[١٠]، وحرمان الميراث عقوبة، وهما[١١] ليسا من أهل العقوبة، والكفارة كاسمها ستارة[١٢]، ولا ذنب تستره؛ لأنهما[١٣] مرفوعًا القلم.

فصل في الجنين[١٤]

قال[١٥]: وإذا ضرب بطن امرأة[١٦]، فألقت جنينًا ميتًا، ففيه غرة[١٧]، وهى

---

(١) أى لكونه عمداً.

(٢) أى بهذا القتل. (ك)

(٣) قوله: "على أصله" أى ثبت الحكمان، وهما وجوب الكفارة، وحرمان الميراث على أصل الشافعي؛ لأنهما يتعلقان بالقتل. (ك)

(٤) قوله: "ما روى" أن مجنوناً سعى على رجل بالسيف، فضربه، فرفع ذلك إلى على رضى الله تعالى عنه، فجعل عقله على عاقلته. (كافى)

(٥) دية.

(٦) قوله: "وقال" أخرج البيهقى عن على رضى الله تعالى عنه أن عمد الصبى والمجنون خطأ، ولكن قال فى "المعرفة": إسناده ضعيف. (على قارى)

(٧) من العاقل الخاطئ.

(٨) صبى ومجنون.

(٩) كل واحد.

(١٠) فإنه عديم القصد حال النوم.

(١١) الصبى والمجنون.

(١٢) قوله: "والكفارة إلخ" أى حكم الكفارة مثل مدلول اسمها، فإن الكفر الستر. (مل)

(١٣) الصبى والمجنون.

(١٤) قوله: "فصل فى الجنين" لما أنهى الكلام على أحكام الأجزاء الحقيقية، عقبه بأحكام الجزء الحكمى، وهو الجنين؛ لكونه فى حكم الجزء من الأم، وهو فعيل بمعنى مفعول من جنه إذا ستره من باب طلب، وهو الولد ما دام فى الرحم، ملخصاً، ويكفى استبانة بعض خلقه كظفر وشعر. (رد المحتار)

(١٥) أى القدورى. (عينى)

نصف عشر الدية، قال رضي الله تعالى عنه[١]: معناه[٢] دية الرجل، وهذا[٣] في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة، وكل منهما خمس مائة درهم[٤].

والقياس أن لا يجب شيء؛ لأنه لم يتيقن بحياته[٥]، والظاهر[٦] لا يصلح حجة للاستحقاق.

وجه الاستحسان ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام[٧] أنه قال: «في الجنين غرة عبد[٨] أو أمة قيمته خمس مائة[٩]»*، ويروى: «أو خمس مائة»، فتركنا القياس بالأثر[١٠]، وهو[١١] حجة على من قدرها[١٢] بست مائة نحو مالك

---

(١٦) قوله: "وإذا ضرب بطن امرأة" وكذا لو ضرب ظهرها، أو جنبها، أو رأسها، أو عضواً من أعضاءها، فتأمل رملي ونحوه في أبي السعود عن النحريري. (رد المحتار)

(١٧) قوله: "ففيه غرة" غرة المال خياره كالفرس والبعير والبخت والعبد والأمة الفارهة، كذا في "المغرب"، وفي "مبسوط شيخ الإسلام": سمي بدل الجنين غرة؛ لأن الواجب عبد، والعبد يسمى غرة، وقيل: لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء أوله، كما سمي أول الشهر غرة، وسمي وجه الإنسان غرة؛ لأن أول شيء يظهر منه الوجه. (ك)

(١) أي المصنف. (عيني)

(٢) أي معنى قوله نصف عشر الدية. (ع)

(٣) أي نصف العشر.

(٤) قوله: "وكل منهما خمس مائة درهم [أي من عشر دية المرأة ونصف عشر دية الرجل]" لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف. (ع)

(٥) في البطن.

(٦) دفع دخل، أي الظاهر أن يكون حيًّا.

(٧) قوله: "ما روى عن النبي عليه السلام" في "الصحيحين": عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبداً أو أمة، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن إسماعيل بن عياش عن زيد ابن أسلم أن عمر بن الخطاب قوم الغرة خمسين ديناراً، وكل دينار بعشرة دراهم، وأخرج البزار في "مسنده" عن عبد الله بن بريدة عن أبيه أن امرأة حذفت امرأة، فقضى رسول الله ﷺ في ولدها بخمس مائة، ونهى عن الحذف، وأخرج أبو داود في "سننه" عن إبراهيم النخعي قال: الغرة خمس مائة يعني درهماً. (شرح نقاية)

(٨) بدل من غرة.

(٩) قوله: "قيمته خمس مائة" قيل: وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتًا صحيحًا، إلا من حيث اعتبار صفة المالية. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٨١، والدراية ج٢ ص ٢٨٠، الحديث ١٠٣٧. (نعيم)

(١٠) قوله: "فتركنا القياس بالأثر" روى الإمام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسألة فقال: فيه غرة عبد، أو أمة، فقال السائل: ولم؟ والحال لا يخلو من أنه مات بضربة، أو لم ينفخ فيه الروح، فإن مات بضربة يجب دية كاملة، وإن لم ينفخ فيه الروح، لا يجب شيء، فسكت زفر، فقال له السائل اعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبي يوسف، فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر، فحاجه بمثل ما حاجه السائل، فقال: التعبد التعبد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل. (ع)

(١١) أي هذا الحديث.

والشافعي.

وهى على العاقلة عندنا إذا كانت خمس مائة درهم[1]، وقال مالك: فى ماله[2]؛ لأنه بدل الجزء[3]. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة[4]*، ولأنه بدل النفس[5]، ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية، حيث قال[6]: «دُوْه وقالوا أنَدِى من لا صاح ولا استهل»** الحديث، إلا أن العواقل[7] لا تعقل[8] ما دون خمس مائة.

وتجب فى سنة، وقال الشافعى: فى ثلاث سنين؛ لأنه بدل النفس، ولهذا

---

(١٢) غرة.

(١) قوله: "إذا كانت خمس مائة إلخ" هذا ليس فى محله، فإن الغرة هى نصف عشر دية الرجل، وهو خمس مائة، فلا معنى للشرط، واضطربوا فى تأويل هذه العبارة، فقيل: إنه وقع سهوا من قلم الناسخ، وكان فى "الأصل": إذا كان خمس مائة تعليلا؛ لكونها على العاقلة، وقيل: إن معناه لما كانت خمس مائة درهم، وقيل: إن هذا احتراز عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمس مائة درهم، ورد بأن ما يجب فى جنين الأمة هو فى مال الضارب مطلقًا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمس مائة درهم، كذا فى "الإيضاح"، فلا يفيد القيد حينئذ هذه الفائدة،، وقال الأعظمى: إن هذا احتراز عمّا إذا كانت الغرة عبدًا، أو أمة قيمته أقل من خمس مائة؛ لأن القيمة تعرف بالتخمين، فلا يعلم بلوغها خمس مائة، فلا يجب على العاقلة، بخلاف ما إذا كانت خمس مائة درهم، بأن حكم القاضى بها، فيجب على العاقلة. (مولانا محمد عبد الحكيم أدخله الله دار النعيم)

(٢) أى فى مال الضارب. (ع)

(٣) قوله: "لأنه بدل الجزء [والعاقلة لا تتحمل إلا بدل النفس، فصار كقطع إصبع من أصابعه. ع]" أى جزء الأم، ولهذا لا يصلى عليه، ولا يسمى ولا يرث. (كفاية)

(٤) رواه أبو داود فى "سننه" عن المغيرة بن شعبة. (على القارى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٢، والدراية ج٢ ص٢٨١، الحديث١٠٣٨. (نعيم)

(٥) أى نفس الجنين.

(٦) قوله: "حيث قال [فيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. ع]: دوه [رواه الطبرانى فى "معجمه" (على القارى)]" أى أدوا ديته، أمر مخاطب من الودى سمى الواجب فى بدله دية، وهو اسم لبدل النفس، وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء والميم المفتوحين، قال كنت بين جاريتين لى، فضربت أحدهما بطن صاحبتها بعود فسطاط، أو بمسطح خيمة، فألقت جنينًا ميتًا، فاختصم أولياءها إلى رسول الله ﷺ فقال عليه السلام لأولياء: «الضاربة دوه» فقال أخوها: أندى من لا صاح ولا استهل ولاشرب ولا أكل، ودم مثله يطل، فقال عليه السلام: «السجع سجع الكهان قوموا فدوه»، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٢، والدراية ج٢ ص٢٨١، الحديث١٠٣٩. (نعيم)

(٧) قوله: "أن العواقل إلخ" يعنى أنه عليه السلام لما سماها دية، وهى بدل النفس، كان ينبغى أن يتحملها العاقلة، وإن كان دون خمس مائة، لأن بدل النفس يتحمله العاقلة أقل، أو أكثر، إلا أن العزة بدل الجزء من وجه، فلهذا لم يتحمله العاقلة إذا لم يبلغ خمس مائة. (ك)

(٨) عقل القتيل: ديت داد كشته را. (من)

يكون موروثًا بين ورثته[١]، ولنا ما روى عن محمد بن الحسن[٢] أنه قال: بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعل[٣] على العاقلة في سنة*. ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه[٤] نفس على حدة، فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم، فعملنا بالشبه الأول[٥] في حق التوريث، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة؛ لأن بدل العضو إذا كان ثلثَ الدية[٦] أو أقلَّ أكثرَ من نصف العشر[٧]، يجب في سنة، بخلاف أجزاء الدية؛ لأن كل جزء منها على من وجب[٨] يجب في ثلاث سنين.

ويستوى فيه الذكر والأنثى[٩]؛ لإطلاق ما روينا[١٠]، ولأن في الحيين[١١] إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية[١٢]، ولا تفاوت في الجنين، فيقدر[١٣] بمقدار واحد، وهو خمس مائة، فإن ألقت حيًا، ثم مات، ففيه دية كاملة؛ لأنه[١٤] أتلف حيًا

---

(١) جنين، لا ورثة المرأة. (أعظمي)

(٢) أورده على القارى في "شرح النقاية".

(٣) الغرة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٣، والدراية ج٢ ص٢٨٢ تحت الحديث١٠٣٩. (نعيم)

(٤) جنين.

(٥) أى اعتبرنا الشبه الأول.

(٦) قوله: "لأن بدل العضو إلخ" التقريب إنما يتأتي أن لو كان نصف العشر واجبًا في سنة؛ لأن الغرة مقدرة بنصف العشر، ولم يتعرض له، إلا أنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا سنة، فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها. (ك)

(٧) قوله: "أو أقل أكثرَ [بالنصب على البدل من أقل. ع] من نصف العشر" هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها: أو أكثر، وفي بعضها: و أكثر، قال الشارحون: كلاهما غير صحيح؛ لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل، أو بدلا منه، ولعل العطف بالواو، يفيد ذلك أيضًا، وفي بعض الشروح: أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد؛ لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك. (ع)

(٨) قوله: "لأن كل جزء إلخ" كما لو اشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ، يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين. (ك)

(٩) قوله: "ويستوى فيه" أى في وجوب قدر الغرة بأنه عبد، أو أمة قيمته خمس مائة درهم. (ع)

(١٠) قوله: "لإطلاق ما روينا" وهو قوله عليه السلام في الجنين: غرة عبد، أو أمة، قيمته خمس مائة درهم. (ع)

(١١) قوله: "ولأن في الحيين إلخ" دليل معقول على التساوى بين الذكر والأنثى، وأراد بالحيين تثنية الحي الولدين المنفصلين الذكر والأنثى، ومعناه إنما ظهر التفاوت بين الذكر والأنثى في الولدين المنفصلين في الدية؛ لتفاوت معاني الآدمية في المالكية، فإن الذكر مالك مالا ونكاحًا، والأنثى مالكة مالا لا نكاحًا، فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية، وهو معدوم في الجنين، فيقدر بمقدار واحد، وهو خمس مائة. (عناية)

(١٢) أى في المالكية. (ك)

(١٣) ديته.

(١٤) ضارب.

بالضرب السابق[١]، وإن ألقت[٢] ميتًا ثم ماتت الأم، فعليه دية بقتل الأم، وغرة بإلقاءها، وقد صح[٣] أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا[٤] بالدية والغرة*.

وإن ماتت الأم من الضربة[٥]، ثم خرج الجنين بعد ذلك حيًا، ثم مات، فعليه دية في الأم ودية في الجنين؛ لأنه قاتل شخصين، وإن ماتت[٦] ثم ألقت ميتًا، فعليه دية في الأم، ولا شيء في الجنين.

وقال الشافعي: تجب الغرة في الجنين؛ لأن الظاهر موته بالضرب، فصار كما إذا ألقته ميتًا، وهي[٧] حية.

ولنا أن موت الأم أحد سببي موته؛ لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها، فلا يجب الضمان بالشك[٨].

قال[٩]: وما يجب في الجنين موروث عنه؛ لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته، ولا يرثه الضارب، حتى لو ضرب بطن امرأته، فألقت ابنه[١٠] ميتًا، فعلى عاقلة الأب غرة، ولا يرث[١١] منها؛ لأنه قاتل بغير حق مباشرة، ولا ميراث للقاتل.

قال[١٢]: وفي جنين الأمة[١٣] إذا كان ذكرًا نصف عشر قيمته[١٤]، لو كان

---

(١) على الأم.

(٢) وهي حية.

(٣) رواه الطبراني في "معجمه"، كذا قال على القارى.

(٤) أي في هذه الصورة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٣، والدراية ج٢ ص٢٨٢، الحديث ١٠٤٠. (نعيم)

(٥) هذا من مسائل القدوري. (عيني)

(٦) الأم.

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "فلا يجب الضمان بالشك" اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا القت جنينًا ميتًا؛ لاحتمال أن يكون الموت من الضرب، واحتمال أن لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان، وهو أول ما ذكره في هذا الفصل.

وأجيب: بأن الغرة في تلك الصورة تثبت بالنص على خلاف القياس، كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه؛ لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه، وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم، فلا يلحق بذلك، لا قياسًا ولا دلالةً، فيبقى على أصل القياس، وهو عدم وجوب الضمان. (عناية)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) ضارب.

(١١) الأب.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وفي جنين الأمة" أي الذي لا تحمله من مولاها، ولا من المغرور؛ لأن الحمل من أحدهما حر فتجب

حيّاً[١]، وعشر قيمته لو كان أنثى.

وقال الشافعي: فيه عشر قيمة الأم؛ لأنه جزء[٢] من وجه، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل.

ولنا أنه بدل نفسه[٣]؛ لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل[٤]، ولا معتبر به فى ضمان الجنين[٥]، فكان[٦] بدل نفسه، فيقدر بها[٧].

وقال أبو يوسف: يجب ضمان النقصان[٨] لو انتقصت الأم، اعتباراً بجنين البهائم[٩]، وهذا لأن الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده[١٠]، على ما نذكر إن شاء الله تعالى[١١]، فصح الاعتبار على أصله[١٢].

الغرة، ذكراً كان أو أنثى. (ك)

(١٤) قوله: "نصف عشر إلخ" بيان هذا أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه، وهيئاته لو كان حيًا، فينظر كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكرا، فوجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته، ولو ضاع الجنين ولم يكن تقويمه باعتبار لونه وهيئاته على تقدير أنه حي، ووقع التنازع فى قيمته بين الضارب، وبين مولى الأمة المضروبة، كان القول قول الضارب؛ لإنكاره الزيادة، فإن قيل: ربما لايمكن الوقوف على ذكورة الجنين وأنوثته، فما ذا يجب، قلنا: نأخذ بالمتيقن، كمن قتل عبداً خطأً، والمقتول خنثى مشكل، فإنه يجب المتيقن، كذا ههنا، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(١) قوله: "لو كان حيًا" راجع إلى قيمته، أى قيمته لو فرض. (رد المحتار)

(٢) من الأم.

(٣) جنين.

(٤) قوله: "لا يجب إلا عند إلخ" حتى إنه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب، كما لو قلع سنًا فنبت مكانه آخر، لم يجب شيء، وههنا يجب بدل الجنين، وإن لم يكن فى الأم نقصان، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية. (ك)

(٥) قوله: "ولا معتبر به" أى بظهور النقصان فى ضمان الجنين، بدليل أنه يجب ضمان الجنين، وإن لم يظهر فى الأم نقصان. (ك)

(٦) ضمان الجنين.

(٧) أي بنفس الجنين. أى بقيمة نفس الجنين، لا بقيمة الأم. (ع)

(٨) قوله: "يجب [هذا غير ظاهر الرواية. ع] ضمان إلخ" أى لا يجب إلا ضمان نقصان الأم إن تمكن فيه نقص، وإن لم يتمكن لا يجب شيء، كما في جنين البهيمة؛ لأن الضمان فى قتل الرقيق عنده ضمان مال، حتى يجب قيمته بالغة ما بلغت. (ك)

(٩) قوله: "اعتباراً بجنين البهائم" ويجب في جنين البهيمة ما نقصت الأم إن نقصت، وإن لم تنقص الأم لا يجب فيه شيء. (سراجية، رد المحتار)

(١٠) أبي يوسف.

(١١) فى فصل أحكام الجناية على العبد.

(١٢) أبي يوسف.

قال[١]: فإن ضربت، فأعتق المولى ما في بطنها، ثم ألقته حيًا، ثم مات ففيه قيمته[٢] حيًا[٣]، ولا تجب الدية، وإن[٤] مات بعد العتق؛ لأنه قتله بالضرب السابق[٥]، وقد[٦] كان فى حالة الرق، فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حيًا؛ لأنه صار قاتلا إياه، وهو[٧] حى، فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف[٨]، وقيل: هذا عندهما. وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبًا[٩] إلى كونه غير مضروب؛ لأن الإعتاق قاطع للسراية[١٠] على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى[١١].

قال[١٢]: ولا كفارة فى الجنين[١٣]، وعند الشافعى تجب[١٤]؛ لأنه نفس من وجه، فتجب الكفارة احتياطًا.

ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة[١٥]، وقد عرفت فى النفوس المطلقة[١٦]، فلا

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) ولد.

(٣) أى قيمته لو فرض حيًا.

(٤) الواو وصلية.

(٥) على العتق.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف" يعنى أوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حيًا لا مشكوكا فى حياته اعتباراً بحالة التلف، ولا يقال: إن هذا اعتبار بحالة الضرب فقط؛ لأن الواجب فى تلك الحالة قيمته حيًا أيضاً، لأنا نقول: جاز أن لا يكون حيًا، فلا تجب قيمته حيًا هناك، بل تجب الغرة. (ك)

(٩) قوله: "ما بين كونه إلخ" يعنى تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمة غير المضروب ألف درهم، وقيمته مضروبًا ثمانمائة درهم، يجب على الضارب مائتا درهم. (عناية)

(١٠) أى لسراية الضرب السابق، فلا تجب قيمته، بل يجب التفاوت.

(١١) قوله: "على ما يأتيك من بعد" يعنى فى جناية المملوك والجناية عليه فى مسألة، ومن قطع يد عبد، فأعتقه المولى، ثم مات من ذلك. (عناية)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) على الضارب.

(١٤) الكفارة.

(١٥) قوله: "فيها معنى العقوبة" لأنها شرعت زاجرة، والزجر إنما يكون بشىء فيه عقوبة، حتى إنها تتأدى بالمال، والمال شقيق الروح، فكان إزالة المال منه بمنزلة الروح، ومن وجه عبادة لتأديته بالصوم. (ك)

(١٦) قوله: "وقد عرفت فى النفوس المطلقة" أى الكاملة بالنص، فلا يتعداها إلى غير المطلقة، وهو الجنين؛ لأن القياس لا يجرى فى العقوبات، وليس غير المطلقة نظير المطلقة، حتى يلحق بها دلالةً، ألا ترى أنه لم يجب كل البدل. (ع)

تتعداها، ولهذا لم يجب[١] كل البدل؛ قالوا: إلا أن يشاء[٢] ذلك؛ لأنه[٣] ارتكب محظوراً[٤]، فإذا تقرب[٥] إلى الله تعالى كان أفضل له، ويستغفر مما صنع.

والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام[٦]؛ لإطلاق ما روينا[٧]؛ ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة[٨] والنفاس وغير ذلك، فكذا في حق هذا الحكم[٩]؛ ولأن بهذا القدر[١٠] يتميز عن العلقة[١١] والدم، فكان نفساً، والله أعلم.

باب ما يحدثه الرجل في الطريق[١٢]

قال[١٣]: ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً[١٤]، أو ميزاباً[١٥]، أو جرصناً[١٦]، أو بنى دكاناً، فلرجل[١٧] من عرض الناس[١٨] أن ينزعه[١٩]؛ لأن كل

---

(١) أي لعدم كمال النفس، بل يجب الغرة.

(٢) الضارب.

(٣) ضارب.

(٤) ممنوعاً.

(٥) بالكفارة.

(٦) قوله: "بمنزلة الجنين التام" والمرأة إذا ضربت بطن نفسها أو شربت دواء؛ لتطرح الولد، متعمدة، أو عالجت فرجها حتى أسقطت الولد، ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بغير إذن الزوج، وإن فعلت بإذنه لا يجب شيء، كذا في الصغرى. (ك)

(٧) وهو قوله عليه السلام: «في الجنين غرة عبد أو أمة».

(٨) للأم.

(٩) وهو وجوب الغرة. (ك)

(١٠) من الخلق.

(١١) پاره أز خون بسته. العلق الدم الجامد الغليظ لتعلق بعضه بعضا، والقطعة منه علقة. (مغرب)

(١٢) قوله: "باب ما يحدثه الرجل إلخ" لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة، ذكر أحكام القتل تسبيباً، والأول أولى بالتقدم، إما لأنه قتل بلا واسطة، وإما لكثرة وقوعه. (ع)

(١٣) أي محمد. (عيني)

(١٤) الكنيف المستراح هو بيت الخلاء. (در مختار)

(١٥) أي مجرى الماء. (على القاري)

(١٦) قوله: "أو جرصنا" هو دخيل، أي ليس بعربي أصلي، فقد اختلف فيه، فقيل: البرج، وقيل: مجرى ماء يركب في الحائط، وعن الإمام البزدوي جذع يخرجه الإنسان من الحائط؛ ليبنى عليه. (مغرب).

قال العيني: وقيل: هو الممر على العلو، وهو مثل الرف، وقيل: هو الخشبة الموضوعة على جداري السطحين، ليتمكن من المرور، وقيل: هو الذي يعمل قدام الطاقة؛ لتوضع عليه كيزان ونحوها. (رد المختار)

(١٧) مسلماً كان أو ذمياً. (ع)

واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه، فكان له حق النقض، كما فى الملك المشترك، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه[1] شيئًا، فكذا فى الحق المشترك. قال: ويسع للذى عمله أن ينتفع به[2] ما لم يضر بالمسلمين؛ لأن له حق المرور، ولا ضرر فيه، فيلحق ما فى معناه به؛ إذ المانع متعنت[3]، فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك[4]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[5]: «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام»[6]*.

قال: وليس لأحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ[7] أن يشرع[8] كنيفًا ولا ميزابًا إلا بإذنهم[9]؛ لأنها مملوكة لهم[10]، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال[11]، فلا يجوز التصرف أضر بهم، أو لم يضر إلا بإذنهم.

---

(١٨) قوله: "من عرض الناس" العرض -بالضم- الجانب، وفلان من عرض العشيرة أى من شقها لا من ضميمها، ومراد الفقهاء بعد العصبات، وقيل: المراد بالعرض ههنا ابعد الناس منزلة، أى أضعفهم وأرذلهم. (ك)

(١٩) قوله: "أن ينزعه" أى يكلفه الرفع بعد الوضع، وأن يمنعه من الوضع، سواء كان فيه ضرر أو لم يكن، إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير فيما يكون حقا للعامة إلى الإمام لتسكين الفتنة، فالذى يضع بغير إذن الإمام يفتات على رأى الإمام فيه، فلكل واحد أن ينكره عليه، وهذا إذا بنى على طريق العامة بناء لنفسه، فإن بنى شيئًا للعامة كالمسجد ونحوه، ولا يضر بالمسلمين لا ينقض، كذا روى عن محمد. (ك)

(١) أى فى الملك المشترك.

(٢) أى بما عمله.

(٣) المتعنت هو الذى يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه، ولا لغيره. (ك)

(٤) عمل ونقم.

(٥) رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط". (على القارى)

(٦) قوله: "لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام" أى لا يضر الرجل أخاه ابتداء، ولا جزاء؛ لأن الضرر يكون بمعنى الضر، وهو يكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى المضارة، وهو أن تضر من ضرك، كذا فى "المغرب"، والضرر فى الجزاء، هو أن يتعدى المجازى على قدر حقه فى القصاص، أو غيره.. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٤ فى بدء "باب ما يحدثه الرجل فى الطريق"، وانظر فى الدراية ج ٢ ص٢٨٢، الحديث١٠٤١. (نعيم)

(٧) قوله: "من أهل الدرب" الدرب الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة ههنا. (عناية)

(٨) أى أظهر يقال: شرع لهم شرعًا پيدا كرد براى ايشان راه را.

(٩) أى بإذن أصحاب ذلك الدرب.

(١٠) قوله: "لأنها مملوكة لهم" أى الغالب أنها مملوكة، وذكر فخر الإسلام المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعلة الملك، فقد ينفذ وهى مملوكة، وقد يسد منفذها، وهى للعامة، ولكن ذلك دليل على الملك غالبًا، فأقيم مقامه، ووجب العمل به، حتى يدل الدليل على خلافه. (ك)

(١١) أى قريبًا بالدار المبيعة، أو بعيدًا.

وفى الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر؛ لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل، فجعل فى حق كل واحد، كأنه هو المالك وحده حكمًا، كى لا يتعطل عليه طريق الانتفاع، ولا كذلك غير النافذ؛ لأن الوصول إلى إرضاءهم ممكن[١]، فبقى على الشركة حقيقةً وحكمًا.

قال[٢]: وإذا أشرع[٣] فى الطريق روشنًا[٤]، أو ميزابًا، أو نحوه، فسقط على إنسان فعطب[٥]، فالدية على عاقلته[٦]؛ لأنه[٧] مسبب لتلفه متعدٍّ بشغله هواء الطريق، وهذا من أسباب الضمان، وهو الأصل[٨]، وكذلك إذا سقط شىء[٩] مما ذكرنا[١٠] فى أول الباب.

وكذا إذا تعثّر[١١] بنقضه[١٢] إنسان[١٣] أو عطبت به[١٤] دابة، وإن عثر بذلك رجل[١٥]، فوقع على آخر فماتا، فالضمان على الذى أحدثه فيهما[١٦]؛ لأنه يصير كالدافع إياه عليه.

وإن سقط الميزاب نظر، فإن أصاب ما كان منه فى الحائط رجلا، فقتله، فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدٍّ فيه؛ لما أنه وضعه فى ملكه.

---

(١) أى إرضاء أصحاب الغير النافذ.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) أى أخرج. (مجمع الأنهر) أشرع بابًا إلى الطريق: كشاد در را بسوى راه. (من)

(٤) قوله: "روشنًا" الروشن: الممر على العلو وهو مثل الرف، كذا فى "المغرب"، وقيل: الروشن الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين ليتمكن من المرور. (ك)

(٥) هلك الإنسان.

(٦) مشر ع.

(٧) مشر ع.

(٨) أى القاعدة الكلية.

(٩) أى الدية على عاقلته.

(١٠) يعنى الكنيف والميزاب والجرصن. (عناية)

(١١) عثر عثرًا: شكوخيد وبسرور افتاد. (من)

(١٢) نقض -بالضم- بناء شكسته باز گرديد.

(١٣) أى فعطب. (ك)

(١٤) أى بالنقض.

(١٥) أى بالنقض. (ك)

(١٦) قوله: "فالضمان [أى فضمانهما على من أشرع الروشن أو غيره. ك] إلخ" يعنى ضمانهما على المحدث، ولا ضمان على الذى عثر به؛ لأنه مدفوع فى هذه الحالة، والمدفوع كالآلة. (عناية)

وإن أصابه ما كان خارجًا من الحائط، فالضمان على الذى وضعه؛ لكونه متعديًا فيه، ولا ضرورة؛ لأنه يمكنه أن يركّبه فى الحائط، ولا كفارة عليه، ولا يحرم عن الميراث؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة(١).

ولو أصابه الطرفان جميعًا(٢)، وعلم ذلك وجب النصف(٣)، وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان، ولو لم يعلم أىّ طرف أصابه، يضمن النصف؛ اعتبارًا للأحوال(٤).

ولو أشرع جناحًا إلى الطريق(٥)، ثم باع الدار، فأصاب الجناح رجلا فقتله، أو وضع خشبة في الطريق، ثم باع الخشبة، وبرئ إليه منها(٦)، فتركها المشترى حتى عطب بها إنسان، فالضمان على البائع؛ لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ(٧) بزوال ملكه، وهو(٨) الموجب.

ولو وضع في الطريق جمرًا(٩)، فأحرق شيئًا يضمنه؛ لأنه متعدٍّ فيه، ولو حرّكته(١٠) الريح إلى موضع آخر، ثم أحرق شيئًا لم يضمنه؛ لفسخ الريح فعله.

---

(١) قوله: "لأنه ليس بقاتل حقيقةً [بل حكمًا]" يعنى أن الكفارة وحرمان الميراث إنما يجبان بالقتل حقيقةً، وهذا ليس بقتل حقيقةً، قيل: إن كان قتلا حقيقةً، فالقياس شمول الوجوب فى الضمان والكفارة والحرمان، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها. والجواب أن الضمان يعتمد الإتلاف بطريق التعدى؛ صيانة للدماء عن الهدر، وقد يتحقق بإحداثه فى الطريق ما ليس له ذلك، وأما الكفارة والحرمان فيعتمد أن القتل عمدًا، أو خطأً، ولم يوجد شىء منهما. (ع)

(٢) أى الخارج والداخل.

(٣) أى نصف الدية.

(٤) قوله: "اعتبارًا للأحوال" يعنى يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة، ولا يعلم أنه بأى الطرفين إن كان بالطرف الداخل، فلا ضمان، وإن كان بالخارج فعليه ضمان، فيجعل كأنه حصل بالطرفين. (ع)

(٥) قوله: "ولو أشرع جناحًا [قال صاحب القاموس: الجناح الروشن، ثم قال: الروشن الكوة. مجمع الأنهر]" آن بنائيست كه بر سر چوبهائيكه از ديوار بر آمده باشند بنا مى كنند. (ترجمه)

(٦) قوله: "وبرئ إليه [أى إلى المشترى] منها" أى برئ مما يحدث منه، وهذا التبرى لا ينفعه؛ لأنه يبرأ من ضمان يجب عليه، وتبرء الإنسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل، وإن كان بعد سبب الوجوب. (ك)

(٧) قوله: "لم ينفسخ" وكذلك فى الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح، وبالبيع لم يزل هذا الشغل، فبقيت جناية على حالها، فإن قيل: المشترى جان أيضًا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعًا.

قلنا: المشترى غير مباشرة، ولا مسبب لانعدام الفعل، وإنما صار تاركا معروفًا، فلا يضمن كمن رأى أعمى يقع فى البئر، فلم يمنعه من الوقوع حتى مات. (ك)

(٨) أى فعله.

(٩) جمر -بالفتح- اخگرهاى آتش جمرة واحد. (م)

(١٠) قوله: "ولو حرّكته" أى لو حركت الريح عين الجمر، وإنما قيد به؛ لأن عند بعض أصحابنا أن الريح إذا ذهبت بشررها، فأحرقت شيئًا، فالضمان عليه فى ذلك؛ لأن الريح إنما ذهبت بشرارها، ولم يذهب بعينها، فالعين باق فى مكانه،

وقيل: إذا كان اليوم ريّحا[١] يضمنه[٢]؛ لأنه فعله مع علمه بعاقبته، وقد أفضى إليها[٣]، فجعل[٤] كمباشرته.

ولو استأجر رب الدار العملة لإخراج الجناح[٥]، أو الظلة[٦]، فوقع، فقتل إنسانًا قبل أن يفرغوا من العمل، فالضمان عليهم؛ لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا، لم يكن العمل مسلّمًا إلى رب الدار، وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلا، حتى وجبت عليهم الكفارة، والقتل غير داخل فى عقده[٧]، فلم ينتقل فعلهم إليه، فاقتصر عليهم.

وإن سقط بعد فراغهم، فالضمان على رب الدار استحسانًا[٨]؛ لأنه صح الاستئجار[٩]، حتى استحقوا الأجر، ووقع فعلهم عمارةً وإصلاحًا، فانتقل فعلهم إليه، فكأنه فعل بنفسه[١٠]، فلهذا يضمنه.

وكذا إذا صب الماء[١١] فى الطريق، فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش[١٢] الماء، أو توضأ؛ لأنه متعدٍّ فيه بالحاق الضرر بالمارة. بخلاف[١٣] ما إذا فعل ذلك[١٤]

فكانت الجناية باقية، فكان ضمان ذلك عليه. (ك)

(١) أى صاحب الريح.

(٢) قوله: "يضمنه" هذا اختيار الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي، وكان شمس الأئمة الحلوانى لا يقول: بالضمان من غير تفصيل. (ك)

(٣) قوله: "وقد أفضى [أى فعله] إليها" أى إلى عاقبته، وهو الحرق بواسطة الريح، فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى موضع؛ لأنه كان عالمًا به بمنزلة الدابة التى جالت فى رباطها، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٤) الإفضاء.

(٥) قوله: "لإخراج الجناح" أى قال المستأجر: للإجراء أشرعوا لى جناحًا على فناء دارى، واخبرهم بأنه ليس له حق إشراع الجناح، أو لم يخبرهم، حتى بنوا جناحًا بأمره، ثم سقط فقتل إنسانًا، إلخ.

(٦) ظلة -بالضم- سايه پوش وساييان تنگ غير فراخ. (من)

(٧) أى فى عقد من استأجر.

(٨) قوله: "استحسانًا" وفي القياس هذا كالأول؛ لأنهم باشروا إحداث ذلك فى الطريق، وصاحب الدار ممنوع من إحداثه، وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعل بنفسه. (ك)

(٩) قوله: "لأنه صح الاستئجار" يعنى بالنظر إلى أنه ينتفع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبرا. (مل)

(١٠) قوله: "فكأنه فعل بنفسه" وفعله بنفسه مقيد بشرط السلامة؛ لكونه غير مملوك له، فكذا الأمر به. (ع)

(١١) أى يجب الضمان.

(١٢) فى الطريق، رش -بالفتح وتشديد شين- أب زدن چيزى را. (م)

(١٣) أى لا يضمن.

(١٤) يعنى الصب والرش والوضوء. (ع)

فى سكة غير نافذة، وهو من أهلها، أو قعد، أو وضع متاعه[١]؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها؛ لكونه من ضرورات السكنى، كما فى الدار المشتركة[٢].

قالوا[٣]: هذا[٤] إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق[٥] به عادة، أما إذا رش ماءً قليلا، كما هو المعتاد، والظاهر أنه لا يزلق به عادةً لا يضمن.

ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء، فسقط[٦] لا يضمن الراش؛ لأنه صاحب علة[٧]، وقيل: هذا[٨] إذا رش بعض الطريق؛ لأنه[٩] يجد موضعًا للمرور، ولا[١٠] أثر للماء فيه، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك، لم يكن على الراش شىء، وإن رش جميع الطريق يضمن[١١]؛ لأنه[١٢] مضطر فى المرور.

وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه، أو بعضه، ولو رش فناء حانوت[١٣] بإذن صاحبه، فضمان ما عطب على الآمر استحسانًا.

وإذا استأجر أجيراً ليبنى له فى فناء حانوته، فتعقل به إنسان[١٤] بعد فراغه من العمل، فمات يجب الضمان على الآمر استحسانًا[١٥]، ولو كان أمره[١٦] بالبناء فى

---

(١) فعطب به إنسان. (ك)

(٢) قوله: "كما فى الدار المشتركة" يعنى أن له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى، وهو اعتبار لحق الملك الحقيقى. (عناية)

(٣) مشايخ.

(٤) أى الضمان.

(٥) زلق -بفتحتين- لغزيدن. (م)

(٦) المار.

(٧) قوله: "لأنه [أى لأن المار] صاحب علة" والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها. (عناية)

(٨) أى عدم الضمان.

(٩) أى لأن المار.

(١٠) الواو حالية.

(١١) الراش.

(١٢) أى لأن المار.

(١٣) قوله: "فناء حانوت [دكان شراب فروش وهر دكان كه باشد. م]" الفناء سعة أمام البيوت، وقيل: ما امتد من جوانبها، كذا فى "المغرب"، وذكر الإمام التمرتاشى: الفناء ما أعد لحوائج الدار، كربط الدابة وكسر الحطب. (ك)
قوله: "فناء" بالكسر: پيش خانه كه فراخ وكشاده باشد وگردا گرد خانه. (م)

(١٤) أى نشب وتعلق بالبناء. (ع)

(١٥) قوله: يجب الضمان على الآمر استحسانًا" هذا إذا لم يكن الفناء مملوكًا للمستأجر. (ك)

وسط الطريق، فالضمان على الأجير؛ لفساد الأمر[١].

قال[٢]: ومن حفر بئراً في طريق المسلمين[٣]، أو وضع حجراً، فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت بهيمة، فضمانها في ماله؛ لأنه متعدٍّ فيه، فيضمن ما يتولد منه[٤]، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال، فكان ضمان البهيمة في ماله، وإلقاء التراب، واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة؛ لما ذكرنا[٥]. بخلاف ما إذا كنس[٦] الطريق فعطب[٧] بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن؛ لأنه ليس بمتعدٍّ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه[٨]، إنما قصد دفع الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة[٩] في الطريق وتعقل به إنسان كان ضامناً؛ لتعديه بشغله[١٠].

ولو وضع حجراً فنحّاه غيره[١١] عن موضعه، فعطب به إنسان، فالضمان على الذي نحاه؛ لأن حكم فعله قد انتسخ[١٢]؛ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر.

وفي "الجامع الصغير"[١٣]: في البالوعة[١٤] يحفرها الرجل في الطريق، فإن

---

(١٦) أجير.

(١) قوله: "فالضمان على الأجير لفساد الأمر" بخلاف الفناء؛ لأنه مباح له فيما بينه وبين ربه إحداث مثل ذلك في فنائه إذا كان لا يتضرر به غيره، وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين، فاعتبر أمره في ذلك؛ ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة. (كفاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "في طريق المسلمين" المراد بالطريق في الكتب الطريق في الأمصار دون الفيافي والصحاري؛ لأنه لا يمكن العدول عنه في الأمصار غالباً دون الصحاري. (در مختار)

(٤) أي من تعديه.

(٥) من أنه متعدٍّ فيه.

(٦) كنس -بالفتح- خانه روفتن. (م)

(٧) هلك.

(٨) أي في الطريق.

(٩) كناسة -بالضم- آنچه بجاروب روفته باشند. (م) ما يحصل من الكنس.

(١٠) طريق.

(١١) قوله: "فنحّاه [تنحية بحاء مهملة: دور كردن. م] غيره" أي حوله عن موضعه إلى موضع آخر. (رد المختار)

(١٢) أي فعل الواضع الأول.

(١٣) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لاشتمالها على بيان إذن الإمام. (عناية)

(١٤) قوله: "في البالوعة [البالوعة ثقب في وسط البيت، وكذلك البلوعة، ذكرها في "الصحاح"] بالوعة: چاه

أمره السلطان بذلك، أو أجبره عليه لم يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة.

وإن كان بغير أمره، فهو متعدٍّ، إما بالتصرف[١] في حق غيره، أو بالافتيات[٢] على رأى الإمام، أو هو مباح مقيد[٣] بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل[٤] في طريق العامة مما ذكرناه[٥] وغيره[٦]؛ لأن المعنى لا يختلف.

وكذا إن حفر في ملكه لم يضمن[٧]؛ لأنه غير متعدٍّ، وكذا[٨] إذا حفر في فناء داره[٩]؛ لأن له ذلك[١٠] لمصلحة داره، والفناء في تصرفه، وقيل: هذا[١١] إذا كان الفناء مملوكًا له، أو كان له حق الحفر فيه[١٢]؛ لأنه غير متعدٍّ، أما إذا كان لجماعة المسلين أو مشتركًا، بأن كان في سكة غير نافذة، فإنه يضمنه؛ لأنه مسبب متعدٍّ، وهذا[١٣] صحيح.

سر تنگ در خانه كه دران آب باران وجز آن جمع شود، وجاى دست درد شستن. (من)

(١) فإن الطريق مشترك.

(٢) الافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت بمعنى السبق. (ك) افتيات: بى فرمانده كردن كارى را. (من)

(٣) قوله: "أو هو مباح إلخ" لأن الانتفاع بطريق العامة إنما يباح بشرط السلامة، وفي "شرح الأقطع"، وقد قالوا: لو قعد في الطريق ليستريح، أو لمرض أضعفه، فعثر به إنسان ضمن؛ لأن المشى في الطريق مباح بشرط السلامة، كما أن الله تعالى أباح الرمى إلى الصيد، ولو رمى إلى صيد، فأصاب آدميا، أو شاة ضمن، فاعتبر فيه السلامة، فكذلك ههنا. (ك)

(٤) قوله: "على هذا التفصيل" يعنى أنه لو فعل بأمر من له الولاية في الأمر، لم يضمن، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه. (ع)

(٥) قوله: "مما ذكرناه" يعنى من أول الباب إلى ههنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البير. (عناية)

(٦) قوله: "وغيره" يعنى ما لم يذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع. (عناية)

(٧) قوله: "وكذا إن حفر [بئرًا] إلخ" يعنى كما إذا أمره الإمام، فحفر في طريق المسلمين، لم يضمن ما تلف به كذلك إذا حفره في ملكه، وإن لم يأذن له الإمام. (ع)

(٨) أى لا يضمن.

(٩) يعنى وإن لم يكن الفناء مملوكًا له. (ع)

(١٠) حفر.

(١١) أى عدم الضمان.

(١٢) قوله: "أو كان له حق الحفر" بأن أذن له الإمام، أو كان لا يضر بأحد. (زيلعى)

(١٣) قوله: "وهذا" أى هذا الجواب صحيح، وهو أن تضمينه إذا كان الفناء لجماعة المسلمين، أو كان مشتركًا كما إذا كان في سكة غير نافذة. (ع)

ولـو حفـر[(١)] فى الطـريق، ومات الـواقـع فيه جـوعًا، أو غـمًا[(٢)]، لا ضـمان على الحافر عند أبى حنيفة؛ لأنه مات لمعنى فى نفسه[(٣)]، فلا يضاف إلى الحفر، والضـمـان إنما يجب إذا مـات من الوقـوع. وقـال أبو يوسف: إن مـات جـوعًا فكذلك[(٤)]، وإن مات غـمًا فالحافر ضامن له؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع[(٥)]، أما الجوع لا يختص بالبئر. وقال محمد: هو ضامن فى الوجوه[(٦)] كلها؛ لأنه إنما حدث[(٧)] بسبب الوقوع[(٨)]، إذ لولاه لكان الطعام قريبًا منه.

قال[(٩)]: وإن استأجر أجراء[(١٠)]، فحفروها له[(١١)] فى غير فناءه، فذلك[(١٢)] على المستأجر، ولا شىء على الأجراء إن لم يعلموا أنها فى غير فناءه؛ لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا، فنقل[(١٣)] فعلهم إليه؛ لأنهم[(١٤)] كانوا مغرورين[(١٥)]، فصار[(١٦)] كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها، ثم ظهر[(١٧)] أن الشاة لغيره.

---

(١) بئرًا.

(٢) أى اختناقًا بالعفونة، قال فى الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر. (ع)

(٣) قوله: "لأنه مات لمعنى إلخ" أى صار كأنه مات حتف أنفه لا بسبب الوقوع فى البير، وفى "المبسوط" وأبو حنيفة يقول: إنما يصير هلاكه مضافًا إلى الحفر إذا هلك بسبب الوقوع؛ ليجعل الحافر كالدافع، فأما إذا طرأ عليه سبب آخر، هو سبب لهلاكه كالجوع الذى هاج من طبعه، أو الغم الذى أثر فى قلبه، فإنما يكون هلاكه مضافًا إلى هذا السبب، ولا صنع للحافر فيه. (ك)

(٤) أى لا ضمان على الحافر.

(٥) قوله: "لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع" لأنه أثر جعل الأرض عميقًا، وهو من آثار حفره، فإن البير ينبعث منها العفونة، فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع فى البير، وأما الجوع فإنه سبب آخر سوى الوقوع، وهو بعد الطعام عنه، واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام. (ك)

(٦) أى مات جوعًا أو غمًا.

(٧) الجوع.

(٨) والحافر متعد فى ذلك السبب. (ك)

(٩) أى المصنف، وليس فى غالب النسخ ههنا قال. (عينى)

(١٠) أجير ككريم: مزدور. (من)

(١١) قوله: "فحفروها [بئر] له فى غير فناءه" يعنى بأن كان الفناء للغير، أو طريقًا للعامة لكنه غير مشهور. (عناية)

(١٢) ضمان.

(١٣) هذا دليل كون الضمان على المستأجر. (عناية)

(١٤) هذا دليل قوله: ولا شىء على الأجراء.

(١٥) من المستأجر.

(١٦) قوله: "فصار" أى صار ههنا الأمر فى صحته ظاهرًا، وكون المأمور مغرورًا كالأمر بذبح. (ع)

إلا أن هناك[١] يضمن المأمور[٢]، ويرجع على الآمر؛ لأن الذابح مباشر، والآمر مسبِّب، والترجيح للمباشرة[٣]، فيضمن[٤] المأمور ويرجع[٥] للغرور، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء؛ لأن كل واحد منهما[٦] مسبِّب[٧]، والأجير غير متعدٍّ، والمستأجر متعدٍّ، فترجح جانبه.

وإن علموا ذلك، فالضمان على الأجراء؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له[٨]، ولا غرور[٩]، فبقي الفعل مضافًا إليهم.

وإن قال لهم[١٠]: هذا فنائي، وليس لي فيه حق الحفر، فحفروا فمات فيه إنسان، فالضمان على الأجراء قياسًا؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم.

وفي الاستحسان الضمان على المستأجر؛ لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكًا له؛ لانطلاق[١١] يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب، وربط الدابة والركوب، وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر في ملكه[١٢] ظاهرًا بالنظر إلى ما ذكرنا، فكفى ذلك؛ لنقل الفعل إليه[١٣].

---

(١٧) فالضمان يتقرر على الآمر.

(١) أى فى مسألة الذبح.

(٢) المغرور، الذابح.

(٣) وفى نسخة: للمباشر.

(٤) الذابح.

(٥) على الآمر.

(٦) أى من المستأجر والأجير.

(٧) لا مباشر.

(٨) قوله: "لأنه لم يصح أمره [فلا ينتقل فعلهم إليه] بما ليس إلخ" وفى عبارته تسامح؛ لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا يحتاج إلى كون المأمور به فى ملكه، حتى يصح التعليل بقوله؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح، فلأن الإجراء هناك إذا لم يعلموا ضمنوا، ورجعوا على الأمر، وههنا لم يضمنوا أصلا، والجواب ما أشار إليه المصنف فى ذبح شاة غيره، أن الذابح مباشر، والآمر مسبب، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها. (عناية)

(٩) لعلمهم.

(١٠) للأجراء.

(١١) رفتن.

(١٢) قوله: "فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهرًا بالنظر إلى ما ذكرنا" يعنى قوله: لانطلاق يده فى التصرف فيه إلخ، فإن قيل: قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر، وهو صريح، فلا يعتبر الدلالة بمقابلته.

أجيب: بأن قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم، وهكذا لفظ "المبسوط"، فيكون الصريح مشتركة الدلالة، فلا يعارض الدلالة. (عناية)

(١٣) من الأجراء.

قال[١]: ومن جعل قنطرة[٢] بغير إذن الإمام، فتعمد رجل المرور عليها فعطب، فلا ضمان على الذي جعل قنطرة، وكذلك إن وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها؛ لأن الأول تعدٍّ[٣] هو تسبيب.

والثاني تعدٍّ[٤] هو مباشرة، فكانت الإضافة إلى المباشر أولى، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة[٥]، كما في الحافر مع الملقي[٦].

قال[٧]: ومن حمل[٨] شيئًا في الطريق فسقط على إنسان، فعطب به إنسان[٩]، فهو ضامن[١٠]، وكذا إذا سقط فتعثر[١١] به إنسان[١٢]، وإن كان رداء[١٣] قد لبسه[١٤]، فسقط[١٥] فعطب به إنسان لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين[١٦].

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) قوله: "قنطرة [پل]" القنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر، ويكون موضوعًا ثابتًا لا مرفوعًا.

(٣) قوله: "لأن الأول [أي جعل القنطرة ووضع الخشبة بغير إذن الإمام] تعدٍّ" إنما سمي بناء القنطرة تعديًّا؛ لأن الذي جعل القنطرة فوت حقًّا على غيره، فإن التدبير في موضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للإمام، فكأنه جناية بهذا الاعتبار، والجناية تعد، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(٤) قوله: "والثاني [أي المرور بالتعمد] تعدٍّ" هو مباشرة؛ لأنه إذا تعمد المرور بأن كان يصير أو يجد موضعًا آخر للمرور، صار متعديًّا، فينسب التلف إليه دون المسبب، وصار كأنه أتلف نفسه، فأما إذا لم يتعمد بأن كان أعمى، أو مر ليلا يضمن، إذا وضعه بغير إذن الإمام، فأما إذا وضعه بإذن الإمام فلا يضمن. (ك)

(٥) إلى السبب.

(٦) فالنسبة إلى الملقي.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) اى مى برد.

(٩) بسقوطه عليه.

(١٠) قوله: "فهو ضامن" لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه، أو على ظهره مباح؛ لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف، أو الصيد. (زيلعي، رد المحتار)

(١١) قوله: "فتعثر [أي پابند شد]" عثر عثرا شكوخيد وبسر درافتاد. (من)

(١٢) ومات.

(١٣) قوله: "وإن كان رداء" قيد باللبس؛ لأنه إن كان حاملا له، فسقط على إنسان، فعطب به، أو سقط، فتعثر به إنسان، ضمن. (درر الأحكام)

(١٤) غرر الأحكام.

(١٥) على إنسان.

(١٦) قوله: "وهذا اللفظ" يعني قوله: فعطب به، فهو ضامن يشتمل الوجهين، وهما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه، وتلفه بالتعثر به، وفي بعض الشروح جعل قوله: وهذا اللفظ إشارة إلى قوله، فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد؛ لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور. (ع)

والفرق[١] أن حامل الشيء قاصد حفظه، فلا حرج[٢] في التقييد[٣] بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه، فيحرج بالتقييد[٤] بما ذكرناه، فجعلناه[٥] مباحًا مطلقًا[٦].

وعن محمد: أنه إذا لبس ما لا يلبس[٧]، فهو كالحامل[٨]؛ لأن الحاجة لاتدعوا إلى لبسه.

قال[٩]: وإذا كان المسجد للعشيرة[١٠]، فعلق رجل منهم فيه قنديلا، أو جعل فيه بواري أو حصّاه[١١]، فعطب به رجل، لم يضمن، وإن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن[١٢]، قالوا: هذا عند أبي حنيفة.

وقالا[١٣]: لا يضمن في الوجهين[١٤]؛ لأن هذه[١٥] من القرب، وكل أحد مأذون في إقامتها، فلا يتقيد بشرط السلامة، كما إذا فعله[١٦] بإذن واحد من أهل المسجد. ولأبي حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي، وفتح بابه، وإغلاقه، وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها

---

(١) أى بين المحمول والملبوس.

(٢) تنگی.

(٣) فإذا انتفى السلامة بأن عطب به إنسان لزم الضمان.

(٤) حرج تنگ شدن يقال: حرج صدره. (من)

(٥) لبس.

(٦) أى غير مقيد بوصف السلامة.

(٧) قوله: "إذا لبس ما لا يلبس" أى عادة، يعنى مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب فى غير موضع الحرب. (ع)

(٨) قوله: "فهو كالحامل [أى عليه الضمان]" أى لبس ثوبًا زيادة على قدر الحاجة يضمن إذا سقط منه، وعطب به إنسان؛ لأنه لا يعم به البلوى. (ك)

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) يعنى أهل المسجد. (ع) عشيرة أى قبيله، وتبار خويشان. (م)

(١١) قوله: "أو حصّاه" الظاهر أنه حصاه فعل ماض مشدد الصاد، معطوف على جعل، ويدل على ذلك تفسير ابن كمال وأما جعله مفردًا بتاء الوحدة، فبعيد، وكذا إرادة الظرف أبعد، وفى منهوات ابن كمال، ومن وهم أن المراد الظرف الذى فيه الحصاة، فقد وهم. (رد المحتار)

(١٢) إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة. (ع)

(١٣) وقال الحلوانى: أكثر المشايخ أخذوا بقولهما: وعليه الفتوى. (زيلعى)

(١٤) أى فعله رجل منهم أو غيرهم.

(١٥) الأفعال.

(١٦) أى من هو غير العشيرة.

غير أهله[١]، فكان فعلهم مباحًا مطلقًا غير مقيد بشرط السلامة، وفعل غيرهم تعديًا، أو مباحًا مقيداً بشرط السلامة، وقصد القربة[٢] لا ينافى الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزناء[٣]، والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله[٤].

قال[٥]: وإن جلس فيه[٦] رجل منهم[٧]، فعطب[٨] به رجل، لم يضمن إن كان فى الصلاة[٩]، وإن كان فى غير الصلاة ضمن[١٠]، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالسًا لقراءة القرآن، أو للتعليم[١١]، أو للصلاة[١٢]، أو نام فيه[١٣] أثناء الصلاة، أو نام فى غير الصلاة أو مر فيه مار أو قعد فيه لحديث[١٤]، فهو[١٥] على هذا الاختلاف.

---

(١) قوله: "إذا سبقهم بها غير أهله [مسجد]" فحينئذٍ لهم تكرار الجماعة، بخلاف ما إذا سبقوا بها؛ لأنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة. (ع)

(٢) جواب عن قولهما: لأن هذه من القرب.

(٣) قوله: "كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا" فأن شهادته من حيث إنه شهادة فى حقوق الله تعالى قربة، ولكن من شرط قبول الشهادة فى الزنا أن يكون الشهود أربعة ممن يسمع شهادته، فإذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفا، فيجب حد القذف على الشاهد. (ك)

(٤) مسجد.

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) مسجد.

(٧) أى من العشيرة.

(٨) بأن عثر به.

(٩) فرضًا كانت أو نفلا. (ع)

(١٠) أى إن لم يكن فى الصلاة، بل كان قاعداً لغيرها. (ع)

(١١) أى تعليم الفقه والحديث.

(١٢) قوله: "أو للصلاة [أى ينتظر إليها. ع]" وذكر شمس الأئمة السرخسى فى "الجامع الصغير"، والصحيح من الجواب على قول أبى حنيفة: إنه إذا كان الجالس منتظراً للصلاة، فإنه لا يكون ضامناً؛ لما يعطب به لقوله عليه السلام: «المنتظر للصلاة فى الصلاة ما دام ينتظرها»، وإنما الخلاف فيما إذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه، أو الحديث، أو قراءة القرآن. (ك)

(١٣) مسجد.

(١٤) قوله: "أو قعد فيه لحديث" وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد فى "الجامع الصغير": إن جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالإجماع؛ لأنه غير مباح، وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه فى الصلاة، فتعقل به إنسان لا يضمن فى الصحيح؛ لأن المساجد أعدت لصلاة العامة من غير خصوص، فكان لكل واحد أن يصلى فيه وحده، وإنما المفوض إلى أهل المسجد أمر الصلاة بالجماعة. (ك)

(١٥) أى إذا عثر به إنسان فمات.

وأما المعتكف فقد قيل: على هذا الاختلاف[١]، وقيل: لا يضمن بالاتفاق، لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر[٢]، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها، فكان الجلوس فيه[٣] مباحًا؛ لأنه من ضرورات الصلاة، أو لأن المنتظر للصلاة فى الصلاة حكمًا بالحديث، فلا يضمن كما إذا كان فى الصلاة.

وله أن المسجد بنى للصلاة[٤]، وهذه الأشياء ملحقة بها، فلا بد من إظهار التفاوت[٥]، فجعلنا الجلوس للأصل[٦] مباحًا مطلقًا، والجلوس لما يلحق به مباحًا مقيداً بشرط السلامة، ولا غروَ[٧] أن يكون الفعل مباحًا، أو مندوبًا إليه، وهو[٨] مقيد بشرط السلامة كالرمى إلى الكافر، أو إلى الصيد، والمشى فى الطريق، والمشى فى السجد إذا وطئ[٩] غيره، والنوم فيه إذا انقلب على غيره.

وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة، فتعقل به[١٠] إنسان ينبغى أن لا يضمن؛ لأن المسجد بنى للصلاة، وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضا إلى أهل المسجد، فلكل واحد من المسلمين أن يصلى[١١] فيه وحده.

---

(١) قوله: "فهو على هذا الاختلاف [بين الإمام وصاحبيه]" ولقائل أن يقول: فى عبارة الكتاب تكرار؛ لأنه قال وإن كان فى غير الصلاة ضمن، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله، والجواب أن قوله: وإن كان فى غير الصلاة ضمن لفظ "الجامع الصغير" وقوله: ولو كان جالساً لقراءة إلخ، من لفظ المصنف بيان لذلك. (عناية)

(٢) قوله: "إنما بنى للصلاة والذكر" قال الله تعالى: ﴿فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال﴾ وقوله: ﴿وأنتم عاكفون فى المساجد﴾. (ع)

(٣) أى فى المسجد.

(٤) قوله: "وله أن المسجد إلخ" يعنى أن المسجد بنى للصلاة وغيرها من العبادة تبع لها بدليل أن المسجد إذا ضاق على المصلى كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلى فيه، وإن كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى وبقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفًا، وليس لأحد أن يزعج المصلى عن مكانه الذى سبق إليه؛ لما أنه بنى لها، واسمه يدل عليه؛ لأن المسجد اسم لموضع السجود، وفى العبادة أيضًا لا يعرف بناء المسجد إلا للصلاة، فإذا كان كذلك فلا بد من إظهار التفاوت بينهما، فكان الكون فيه فى حق الصلاة مباحًا مطلقًا من غير تقييد بشرط السلامة، وفى حق غيرها مقيداً بشرط السلامة؛ ليظهر التفاوت بين الأصل والتبع. (زيلعى)

(٥) بين الملحق به والملحق، بين الموضوع الأصلى وما لحق به. (ع)

(٦) أى الصلاة.

(٧) أى لا عجب. (من)

(٨) الواو حالية.

(٩) وطئه وطءً -بالفتح- سپرد آن را زير پاى. (من)

(١٠) أى نشب وعلق مصنوع غير مسموع. (مغرب)

(١١) فهو غير متعدٍّ.

فصل في الحائط المائل[١]

قال[٢]: وإذا مال الحائط إلي طريق المسلمين، فطولب صاحبه بنقضه[٣]، وأشهد عليه[٤]، فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط[٥]، ضمن ما تلف به من نفس، أو مال.

والقياس أن لا يضمن[٦]؛ لأنه[٧] لا صنع منه مباشرة، ولا مباشرة شرط هو متعد فيه؛ لأن أصل البناء كان في ملكه، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله، فصار كما قبل الإشهاد.

وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق، فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه، ورفعه[٨] في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه[٩]، فإذا امتنع[١٠] صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره، يصير متعديًا بالامتناع[١١] عن التسليم إذا طولب به، كذا هذا.

بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة هلاك الثوب[١٢] قبل الطلب، ولأنا لو لم

---

(١) قوله: "فصل في الحائط المائل" لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها، ألحق مسائله بها في فصل على حدة. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "فطولب إلخ" صورة الطلب أن يقول: إن حائطك هذا مائل، فاهدمه، وفي "المنتقى": رجل له حائط مائل، فقال له آخر: اهدم هذا الحائط؛ فإنه مائل، فهذا إشهاد عليه، ولو قال له: ينبغي لك أن تهدمه، فهذا ليس بإشهاد عليه بل هو مشورة، ويشترط لصحة التقدم والطلب أن يكون التقدم والطلب إلى من له ولاية التفريغ؛ لأن الفعل إنما يطلب من القادر حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة، أو إعارة، فلم ينقض الحائط، حتى سقط على إنسان، لا ضمان على أحد.
أما على السكان، فلأن التقدم إليهم لم يصح، وأما على المالك فإنه لم يتقدم إليه، وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق، والحق في طريق العامة للعامة، فيكتفى بطلب واحد من العامة، وفي السكة الخاصة الحق لأصحاب السكة، فيكتفى بطلب واحد منهم أيضًا، وفي الدار شرط طلب المالك، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه، وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ إلى وقت السقوط. (كفاية)

(٤) قوله: "وأشهد عليه [أي على الطلب]" لا حاجة إلى الإشهاد، وذكره في الكتب؛ ليتمكن في الإثبات عند الإنكار. (درر الحكام)

(٥) جدار.

(٦) وبه أخذ الشافعي . (ع)

(٧) قوله: "لأنه" أي لأنه لم يباشر التلف ولم يباشر ما هو شرط التلف، وهو متعدٍّ فيه. (ك)

(٨) أي رفع الشغل.

(٩) أي التفريغ.

(١٠) عن التفريغ.

(١١) حتى يضمن إذا هلك في يده.

توجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ، فينقطع المارة حذرا على أنفسهم، فيتضررون به، ودفع الضرر العام من الواجب، وله[١] تعلق بالحائط فيتعين[٢] لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه[٣].

ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية، وتتحملها العاقلة[٤]؛ لأنه في كونه جناية دون الخطأ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى[٥] كيلا يؤدّي إلى استئصاله[٦] والإجحاف به[٧]، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله؛ لأن العواقل لا تعقل المال[٨]، والشرط التقدم إليه[٩]، وطلب النقض منه دون الإشهاد.

وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره، فكان من باب الاحتياط[١٠]، وصورة الإشهاد أن يقول الرجل: أشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، ولا يصح الإشهاد قبل أن يَهِي[١١] الحائط لانعدام التعدّي[١٢].

قال: ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا: يضمن ما تلف بسقوطه من غير

---

(١٢) الواقع في حجره.

(١) قوله: "وله تعلق إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الهواء حق العامة، وقد اشتغل بهذا الحائط، فينبغي أن يكون تفريغه عليهم، فأجاب بأن له تعلقا بالحائط نقضا، فكان النقض إليه. (شاهان)

(٢) أي رب الحائط.

(٣) قوله: "يتحمل إلخ" كما في الرمي إلى الكفار وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى، وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس. (ك)

(٤) قوله: "وتتحملها العاقلة" قال محمد: إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء، على التقدم إليه في النقض، وعلى أنه مات من السقوط عليه وعلى أن الدار له؛ لأن كون الدار في يده ظاهر، والظاهر لا يستحق به على الغيره. (ع)

(٥) قوله: "بالطريق الأولى" أي هو أحق بذلك؛ لأن الجناية دون الخطأ، فيكون أدعى إلى التخفيف. (ت)

(٦) استئصال: از بيخ بركندن.

(٧) إجحاف: كار بر كسى تنگ كردن يعنى بإتلاف ماله بأداء الدية.

(٨) بل تعقل دية النفس.

(٩) قوله: "والشرط التقدم إليه [أي إلى صاحب الحائط]" وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط: إن حائطك هذا مخوف، أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط، ولا يتلف شيئًا، ولو قال: ينبغي أن تهدمه، فذلك مشورة، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق مسلماً كان أو ذمياً، أو صبياً أو امرأة. (عناية)

(١٠) قوله: "فكان من باب الاحتياط" حتى لو اعترف صاحب الحائط أنه طولب بنقضه، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه. (ع)

(١١) وهي نزديک گرديدن ديوار بافتادن. (من)

(١٢) ابتداء وانتهاء.

إشهاد؛ لأن البناء تعد ابتداء كما في إشراع[١] الجناح[٢].

قال: وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم؛ لأن هذه ليست بشهادة على القتل[٣]، وشرط[٤] الترك في مدة يقدر على نقضه فيها؛ لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانيًا، ويستوي أن يطالبه بنقضه[٥] مسلم أو ذمي؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم، رجلا كان أو امرأةً، حرًا كان أو مكاتبًا، ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره؛ لأنه مطالبة بالتفريغ، فيتفرد كل صاحب حق به.

وإن مال إلى دار رجل[٦]، فالمطالبة إلى مالك الدار خاصةً؛ لأن الحق له على الخصوص، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه؛ لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار، فكذا بإزالة ما شغل هواءها.

ولو أجله صاحب الدار، أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها، فذلك جائز، ولا ضمان عليه[٧] فيما تلف بالحائط؛ لأن الحق لهم.

بخلاف ما إذا مال إلى الطريق، فأجله القاضي، أو من شهد عليه[٨] حيث لا يصح[٩]؛ لأن الحق لجماعة المسلمين، وليس إليهما[١٠] إبطال حقهم.

---

(١) إخراج فإنه تعد بشغله هواء الطريق.

(٢) بنائى ست كه بر سر چوبهائيكه از ديوار بر آمده باشند بنا كنند.

(٣) قوله: "ليست [حتى يشترط الذكور] بشهادة إلخ" لأن الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة، وهو المال لا القتل. (كفاية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "ويستوي أن يطالبه إلخ" وفي "شرح الأقطع": وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو رجل غريب من بلد آخر؛ لأن جميع هؤلاء لهم حق المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم.

وفي "شرح الطحاوي": لو كان الحائط مائلا إلى الطريق العام، فإن خصومة إلى الناس مسلمًا كان أو ذميًا بعد أن كان حرًا بالغًا عاقلا كان أو صغيرًا، أذ ن له وليه بالخصومة فيه، أو كان عبدًا أذن له مولاه في الخصومة فيه. (ك)

(٦) ههنا في نسخة العيني وجد قال أي القدوري.

(٧) أي على صاحب الحائط.

(٨) أي على صاحب الحائط.

(٩) قوله: "حيث لا يصح" فإن قيل في الطريق ينبغي أن يصح التأجيل، والإسقاط من واحد في حقه، حتى إذا سقط الحائط على هذا المؤجل أو ولي له أو مال له كان ينبغي أن لا يجب الضمان؛ لأنه له ولاية إسقاط حق نفسه، قلنا حقه في الطريق الأعظم غير معلوم، ولا يحتمل الإسقاط، وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ؛ حتى يسقط في حق البعض دون البعض، وحقه في الطريق المرور فيه، وهو لا يحتمل الإسقاط، حتى لو قال: أسقطت حقي، فلا أمر في هذا الطريق بعد هذا لا يعمل إسقاطه، ولأن هذه شركة عامة ولا عبرة بها في نفاذ التصرف، ألا ترى أن تصرف واحد من المسلمين

ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه، وقبضها المشترى برئ[١] من ضمانه؛ لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه، قد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراع[٢] الجناح؛ لأنه[٣] كان جانيا بالوضع، ولم ينفسخ بالبيع، فلا يبرأ على ما ذكرنا[٤].

ولا ضمان على المشترى؛ لأنه لم يشهد عليه، ولو اشهد عليه بعد شراءه، فهو ضامن؛ لتركه التفريغ مع تمكّنه بعد ما طولب به، والأصل[٥] أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه، كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار.

ويصح التقدم إلى الراهن؛ لقدرته على ذلك[٦] بواسطة الفكاك، وإلى الوصى وإلى أب اليتيم[٧]، أو أمه فى حائط الصبى؛ لقيام الولاية، وذكر الإمام فى "الزيادات": والضمان فى مال اليتيم[٨]؛ لأن فعل هؤلاء كفعله[٩]، وإلى المكاتب؛ لأن الولاية له، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأن ولاية النقض له. ثم التالف بالسقوط[١٠] إن كان مالا، فهو فى عنق العبد[١١]، وإن كان نفسًا، فهو

فى مال بيت المال، لا ينفذ فى حقه، ولا فى حق غيره؛ لكون الشركة عامة كذا ههنا، وإنما يصح من الواحد طلب التفريغ والإشهاد باعتبار أن الواحد يقوم مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة، ولهم فى الإشهاد منفعة، إما فى التأخير ضرر، فلا يقوم الواحد فيه مقامهم. (كفاية)

(١٠) أى إلى القاضى ومن أشهد.

(١) البائع.

(٢) أى أشرع جناحًا إلى الطريق، ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله.

(٣) أى لأن مالك الدار.

(٤) فى باب ما يحدث الرجل فى الطريق.

(٥) أى القاعدة الكلية.

(٦) أى نقض الحائط.

(٧) أى جده لأن اليتيم لا أب له.

(٨) قوله: "والضمان فى مال اليتيم" فإن قيل الوصى إذا ترك النقض بعد التقدم إليه الحق ضرراً بمال اليتيم، فكان الواجب أن يكون الضمان عليه، أجيب: بأن فى ترك النقض دفع مضرة متحققة، وهى مضرة مؤونة النقض، وفى النقض دفع مضرة موهومة؛ لجواز أن لا يسقط، ولا يهلك به شيء، فكان تركه أنظر للصبى، فلا يلزم الموصى ضمان. (ع)

(٩) قوله: "لأن فعل هؤلاء كفعله" أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبى، وفى "المبسوط": إذا تقدم إلى أب الصبى، أو الوصى فى نقض الحائط، فلم ينقضه حتى سقط، فأصاب شيئًا، فضمانه على الصبى؛ لأن الأب والوصى يقومان مقامه، ويملكان هدم الحائط، فصح التقدم إليهما فيه، ويكون ذلك كالتقدم إلى الصبى بعد بلوغه، ثم هما فى ترك الهدم يعملان للصبى، وينظران له، فلهذا كان الضمان عليه دونهما، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١٠) فيما إذا تقدم إلى العبد.

(١١) قوله: "فهو فى عنق العبد [أى فى رقبته]" حتى يباع العبد فيه، كما يباع فى ديون تجارته، وكان القياس أن

على عاقلة المولى؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى[١]، وضمان المال أليق بالعبد، وضمان النفس بالمولى، ويصح التقدم إلى أحد الورثة[٢] في نصيبه، وإن[٣] كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده؛ لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه[٤]، وهو[٥] المرافعة إلي القاضي. ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله، فتعثر[٦] بالقتيل غيره، فعطب لا يضمنه[٧]؛ لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه[٨]، وإن عطب بالنقض[٩] ضمنه؛ لأن التفريغ إليه، إذ النقض ملكه، والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض؛ لأن المقصود امتناع الشغل.

يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكن استحسنا الفرق بينهما، فقلنا: العبد فى ضمان التزام المال كالحر، فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك، وفى التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه؛ لأن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، فكان الضمان على عاقلة المولى، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١) قوله: "لأن الإشهاد من وجه" أما إذا لم يكن على العبد دين، فظاهر؛ لأن الملك في الدار للمولى رقبةً وتصرفًا، والعبد خصم من جهته، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقًا فى دار بيد مأذون له، ينتصب خصمًا، فكان الإشهاد عليه إشهادًا على المولى من وجه، وأما إذا كان عليه دين، فظاهر عندهما، وأما عند أبي حنيفة فللمولى أن يستخلصه بقضاء الدين، فكان هذا تقدما إلى المولى من وجه،وتقدما إلى العبد من وجه، فاعتبر فى ضمان الأنفس تقدما إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول، وفى ضمان الأموال تقدمًا إلى العبد؛ لأنه كالحر فيه كما مر. (ع)

(٢) قوله: "ويصح التقدم إلخ" يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك، ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه. (ع)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لتمكنه من إلخ" هذا جواب الاستحسان، وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن واحد من الورثة، أما الذى تقدم إليه، فلعدم تمكنه من النقض، فلم يفد التقدم فائدة فى حقه، فإن واحداً منهم، كما لا يتمكن من بناءه لا يتمكن من النقض أيضًا، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم، فلم يكن واحد منهم متعديا فى ترك التفريغ.

فأما جواب الاستحسان، فإنه يضمن هذا الذى أشهد عليه بحصته فيما أصابه؛ لأنه كان متمكنًا من أن يطلب شركاءه؛ ليجمعوا على هدمه، وهذا لأن الإشهاد على جماعتهم متعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم فى نصيبه أدى إلى الضرر، والضرر مدفوع، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٥) إصلاح.

(٦) تعثر: شكوخيدن وبسر درآمدن. (من)

(٧) أى لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثانى. (ع)

(٨) قوله: "لأن التفريغ عنه" أى عن القتيل الأول برفعه مفوض إلى أولياءه؛ لأنهم الذين يتولون رفعه، وطولب بالفرق بينها وبين ما إذا وقع الجناح في الطريق، وتعثر إنسان بنقضه، ومات، ثم تعثر رجل من القتيل ومات، فإن دية القتيلين جميعًا على صاحب الجناح، وأجيب: بأن إشراع الجناح فى نفسه جناية، وهو فعله، فصار كأنه ألقاه بيده عليه، فكان حصول القتيل فى الطريق مضافًا إلى فعله كحصول نقض الجناح فى الطريق، ومن ألقى شيئًا فى الطريق كان ضامنًا؛ لما عطب به، ولم يملك تفريغ الطريق عنه، بخلاف مسألة الحائط، فإن نفس البناء ليس بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل، يصير به جانيًا؛ لكن جعل كالفاعل بترك النقض فى الطريق مع الضرورة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد فى حق النقض لا فى حق القتيل، فلذلك جعل فاعلا فى حق القتيل الأول، لا فى حق القتيل الثانى. (ع)

(٩) قوله: بالنقض ضمنه [بناء شكسته باز گرديده]. (من)

ولو عطب بجرة[١] كانت على الحائط، فسقطت[٢] بسقوطه[٣]، وهي ملكه ضمنه[٤] لأن التفريغ إليه، وإن كان ملك غيره لا يضمنه؛ لأن التفريغ إلى مالكها.

قال[٥]: وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم، فقتل إنسانًا ضمن خمس الدية[٦]، ويكون ذلك على عاقلته، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر، فحفر أحدهم فيها بئرًا، والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطًا فعطب به إنسان، فعليه ثلثا الدية على عاقلته[٧]، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين[٨]، لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر[٩]، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، فكانا قسمين، فانقسم[١٠] نصفين، كما مر[١١] في عقر[١٢] الأسد، ونهس[١٣] الحية وجرح الرجل.

---

(١) سبو. (من)

(٢) قوله: "فسقطت إلخ" يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها، فأصابت إنسانًا فلا ضمان عليه؛ لأنه وضعها على ملكه، وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه، سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل، كذا في "المبسوط". (عيني)

(٣) الحائط.

(٤) قوله: "ضمنه" حائط مائل أشهد عليه، فوضع صاحب الحائط أو غيره عليه جرة، فسقط الحائط، ورمى بالجرة على إنسان فقتله، فالضمان على صاحب الحائط، ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد إن كانت الجرة لغير صاحب الحائط فلا يضمن أحد، أما صاحب الحائط، فلأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادًا على الجرة، وأما صاحب الجرة فلأنه لم يوجد الإشهاد عليه، حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها. (ك)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) قوله: "ضمن خمس الدية" ألاترى أنه لو أشهد عليهم جميعًا، ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية، فترك الإشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه. (ع)

(٧) قوله: "فعليه ثلثا الدية [أي على كل واحد من حافر البير وباني الحائط. ع]" لكونه ظالما في ثلثي نصيب شريكيه، فيضمن ثلثي الدية، ولا يلزم ثلث الدية في نصيبه لكونه غير متعد فيه. (أعظمي)

(٨) قوله: "في الفصلين" أي فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر، وقيل: جواب أبي حنيفة فيما إذا مات القتيل بثقل الحائط وأبو يوسف ومحمد لا يخالفانه في ذلك، وجوابهما فيما إذا مات بسبب الجرح، بأن جرحه الحائط، وأبو حنيفة يوافقهما في ذلك. (ك)

(٩) قوله: "أن التلف إلخ" وبمثله يقال في مسألة البئر: إنه اجتمع في حقه معنيان: أحدهما: موجب للضمان، وهو التعدي بالحفر في ملك غيره، والآخر: مانع عنه، وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه، فيجعل المعتبر جنسًا، والهدر جنسًا، فيلزمه نصف الضمان. (عناية)

(١٠) الضمان.

(١١) في باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه، فالواجب انقسم على ذي العقل وغيره.

(١٢) عقر -بالفتح- خسته كردن. (من)

(١٣) نهس: گزيدن مار. (م)

وله أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو الثقل المقدر[١] والعمق المقدر[٢]؛ لأن أصل ذلك ليس بعلة[٣]، وهو القليل، حتى يعتبر كل جزء علة، فيجتمع العلل، وإذا كان كذلك[٤] يضاف[٥] إلى العلة الواحدة، ثم تقسم على أرباعها بقدر الملك.

بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة[٦] علة التلف بنفسها، صغرت أو كبرت على ما عرف، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولية.

باب جناية البهيمة والجناية عليها[٧]

قال[٨]: الراكب ضامن[٩]؛ لما أوطأت[١٠] الدابة ما أصابت بيدها[١١]، أو

---

(١) أي في الحائط. (ع)

(٢) أي في البئر. (ع)

(٣) قوله: "لأن أصل [أي أصل الثقل والعمق. ع] ذلك ليس بعلة" أي القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء علة، فيعتبر الكل علة واحدة، فيضاف الحكم إليها، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت إلا عند المزاحمة، أضيف إلى الكل؛ لعدم رجحان البعض على بعضها، فلما أضيف التلف إلى الكل، وبعض الجراحات معتبر في إضافة الضمان إليه، وبعضها غير معتبر، فجعل الذي هو غير معتبر شيئاً واحداً، وإن تعدد، فلذلك صار الضمان نصفين، فاعتبر أحد النصفين وأهدر الآخر، وهذا لأنه إذا لم يصلح البعض لإضافة الحكم إليه، وصلح لقطع النسبة من المزاحمة، ظهرت المزاحمة في قطع النسبة، وإن لم يظهر في حق استحقاق الحكم. (ك)

(٤) أي إذا ثبت أن العلة واحدة.

(٥) الموت.

(٦) أي جراحة عقر الأسد ونهس الحية وجرح الرجل.

(٧) قوله: "باب جناية إلخ" ذكره عقيب جناية الإنسان والجناية عليه، ومما لا يحتاج إلى بيان ذلك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل، ذكره بعد ما يحدثه الرجل في الطريق قبل جناية الرقيق، ونسبة الجناية إليها لمشاكلة الجناية عليها. (رد المحتار)

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٩) قوله: "الراكب ضامن لما أوطأت الدابة" الصحيح وطئت؛ لأنك تقول: أو طأت فلاناً الدابة، فوطئت، والكدم: العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار، والخبط: الضرب باليد والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسدك، ومنه اصطدم الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه، يقال: نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها، كذا في "الصحاح" و"المغرب".

وقوله: الراكب ضامن إلى قوله: أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت يريد به إذا كان الراكب يسير في طريق المسلمين؛ لأنه إذا كان يسير في ملكه إن وطئت بيدها، أو برجلها يضمن، وإن كدمت أو نفحت بيدها، أو برجلها، أو ضربت بيدها، فلاضمان؛ لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف، فكأنهما وطئاه جميعاً، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطئت الدابة برجلها أو بيدها، ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامن، سواء كان متعدياً أو لا. (ك)

(١٠) وطئ -بالفتح- پايمال كردن. (م)

رجلها، أو رأسها، أو كدمت[١]، أو خبطت، وكذا إذا صدمت[٢]، ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها[٣].

والأصل[٤] أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه[٥]، وفي حق غيره من وجه؛ لكونه مشتركًا بين كل الناس، فقلنا: بالإباحة[٦] مقيدا بما ذكرنا[٧]، ليعتدل النظر من الجانبين.

ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه؛ لما فيه من المنع[٨] عن التصرف وسدّ بابه[٩]، وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيطاء، وما يضاهيه[١٠] ممكن[١١]، فإنه ليس من ضرورات التسيير، فقيدناه[١٢] بشرط السلامة عنه، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة[١٣]، فلم يتقيد به[١٤].

---

(١١) بدل من قوله: ما أوطأت الدابة. (ع)

(١) كدم -بالفتح- گزيدن. (م)

(٢) صدم -بالفتح- كوفتن. (م)

(٣) قوله: "مانفحت [لت زد]" نفح: پاى زدن ناقه وجز آن، يقال: نفحت الدابة إذا رمت بحافرها. (من)

(٤) أي الأمر الكلي.

(٥) قوله: "لأنه يتصرف إلخ" جواب لسؤال ذكره في "الذخيرة" وغيره مع هذا الجواب، وهو فإن قيل: هو غير متعد في هذا التسبيب، فإن له أن يمر في طريق المسلمين، كما في ملكه، ولو مر عليها في ملكه فأتلف شيئًا بهذه الوجوه، لم يضمن بها، فيجب أن لا يضمن ههنا أيضًا، قلنا: الطريق يشبه ملكه من حيث إن المرور مباح له فيه، ويشبه ملك الغير من حيث إنه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف، فوفرنا على الشبهين حظهما. (ك)

(٦) قوله: "فقلنا بالإباحة إلخ" أي فالنظر إلى حقه يستدعي الإباحة مطلقًا، والنظر إلى غيره يستدعي الحجر مطلقًا، فقلنا إلخ. (عناية)

(٧) أي بالسلامة.

(٨) قوله: "لما فيه [أي في التقييد بشرط السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه] إلخ" يعني إنا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه؛ لأنه يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة أن يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه، فأما ما يستطاع الامتناع منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك، لايمنع عليه استيفاء حقه، وإنما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(٩) تصرف.

(١٠) من الكدم والخبط وغيرهما.

(١١) لأن ذلك يكون بين عينيه. (ك)

(١٢) تسيير.

(١٣) لأن ذلك يكون وراء الراكب. (ك)

(١٤) أي بالسلامة عن النفحة بالرجل والذنب.

فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضًا؛ لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف، وإن[1] لم يمكنه عن النفحة، فصار متعديًا في الإيقاف، وشغل الطريق به[2]، فيضمنه.

قال[3]: وإن أصابت بيدها، أو برجلها حصاة[4]، أو نواة[5]، أو ثارت[6] غبارًا، أو حجرًا صغيرًا، ففقأ[7] عين إنسان، أو أفسد ثوبه، لم يضمن، وإن كان حجرًا كبيرًا ضمن؛ لأنه في الوجه الأول؛ لا يمكن التحرز عنه، إذ سير الدواب لا يعرى عنه. وفي الثاني ممكن؛ لأنه ينفك عن السير عادة، إنما ذلك بتعنيف[8] الراكب والمرتدف[9] فيما ذكرنا[10] كالراكب؛ لأن المعنى[11] لا يختلف.

قال[12]: فإن راثت[13] أو بالت في الطريق، وهي تسير فعطب[14] به[15] إنسان، لم يضمن؛ لأنه من ضرورات السير، فلا يمكنه الاحتراز عنه، وكذا إذا أوقفها لذلك[16]؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف، وإن أوقفها لغير ذلك[17] فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن[18]؛ لأنه متعدٍّ في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من

---

(١) الواو وصلية.

(٢) أي بالإيقاف.

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) سنگريزه. (من)

(٥) بالفتح: دانه خرما. (من)

(٦) إثارة –بالكسر– گرد برانگيختن وبرخيزانيدن. (م)

(٧) فقأ: كور كردن. (من)

(٨) تعنيف: سرزنش كردن ودرشتي نمودن. (م)

(٩) ارتداف: در پس كسى سوار شدن. (م)

(١٠) أي في موجب الجناية.

(١١) قوله: "لأن المعنى" أي المعنى الموجب، وهو المباشرة، والتصرف في الدابة في التسيير على ما أراد لا يختلف؛ لأنها في أيديهما وتحت تصرفهما. (عناية)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) روث –بالفتح– سرگين انداختن.

(١٤) هلك.

(١٥) أي بروثها، أو بولها.

(١٦) أي للروث والبول.

(١٧) روث وبول.

(١٨) قوله: "ضمن" قال الرحمتي: فلو أوقفها للازدحام، أو لضرورة أخرى، ينبغي أنه إن أمكنه العود أو التخلص

ضرورات السير؛ ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير[١]؛ لما أنه[٢] أدوم منه[٣]، فلا يلحق به.

والسائق[٤] ضامن[٥]؛ لما أصابت بيدها أو رجلها، والقائد[٦] ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها، والمراد[٧] النفحة، قال رضي الله تعالى عنه[٨]: هكذا ذكره القدوري في "مختصره"، وإليه مال بعض المشايخ[٩].

وجهه أن النفحة بمرأى عين السائق، فيمكنه الاحتراز عنه[١٠]، وغائب عن بصر القائد، فلا يمكنه التحرز عنه.

وقال أكثر المشايخ[١١]: إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً[١٢]، وإن[١٣] كان يراها، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به[١٤]، فلا يمكنه التحرز عنه، بخلاف الكدم؛ لامكانه كبحها[١٥] بلجامها، وبهذا ينطق أكثر النسخ، وهو الأصح.

وقال الشافعي: يضمنون[١٦] النفحة كلهم؛ لأن فعلها مضاف إليهم، والحجة

يضمن وإلا لا. (رد المحتار)

(١) قوله: "ثم هو إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير، لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة، فيلحق به، ووجه أنه أضر منه؛ لما أن الإيقاف أدوم من السير، فلا يلحق به. (ع)

(٢) قوله: "لما أنه" أي لأن الإيقاف أدوم من التسيير، وربما يكون مانعا لغيره من المرور، فيكون فوق المرور، فلا يلحق به بدلالة النص. (ك)

(٣) قوله: "أدوم منه" يعني إذا أوقفها فراثت، يقع الروث في محل، فيكون أدوم من الروث عند السير؛ لأنه في محال، ففي كل محل محل أقل.

(٤) سوق: راندن.

(٥) قوله: "والسائق إلخ" لما فرغ عن بيان أحكام الراكب، بين أحكام السائق والقائد. (ع)

(٦) قود -بالفتح- از پيش كشيدن ستور وجز آن. (م)

(٧) قوله: "والمراد" أي من قوله: لما أصابت بيدها أو برجلها، وإنما قيد التفسير بهذا؛ لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصاب بيدها، أو رجلها الوطئ، ولا خلاف لأحد أنه يضمن فيه، السائق والقائد، وإنما الاختلاف في النفحة، ولو لم يفسره بهذا لكان للمؤول أن يؤول ذلك بالوطئ، ويثبت الاختلاف فيه، وليست الرواية كذلك. (ك)

(٨) أي المصنف.

(٩) أي مشايخ العراق. (ك)

(١٠) قوله: "فيمكنه الاحتراز عنه" أي بإبعاد الدابة عن المتلف، أو بإبعاده عن الدابة. (ع)

(١١) يريد مشايخ ما وراء النهر. (ع)

(١٢) وهو الصحيح.

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) أقول: ليس على يدها أيضاً ما يمنعها.

(١٥) كبح: عنان باز كشيدن ستور را تا از رفتن بازيستد وباز گردانيدن كسى را از كارى. (م)

عليه ما ذكرناه[١].

وقوله عليه السلام: «الرجل جبار[٢]»*، معناه النفحة بالرجل[٣] وانتقال الفعل[٤] بتخويف القتل[٥]، كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب.

قال: وفي "الجامع الصغير"[٦]: وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد؛ لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف، وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية، فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب، إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها، أو برجلها، ولا كفارة عليهما[٧]، ولا على الراكب[٨] فيما وراء الإيطاء؛ لأن الراكب مباشر[٩] فيه[١٠]؛ لأن التلف بثقله.

وثقل الدابة تبع له؛ لأن سير الدابة مضاف إليه، وهي[١١] آلة له، وهما مسببان[١٢]؛ لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء[١٣]، وكذا الراكب[١٤] في غير

---

(١٦) السائق والقائد والراكب.

(١) قوله: "ما ذكرناه" وهو قوله: وغائب عن بصر القائد، فلا يمكنه التحرز عنه. (ك)

(٢) أي هدر.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٧، والدراية ج٢ ص٢٨٣، الحديث١٠٤٣. (نعيم)

(٣) لأن الوطئ مضمون بالإجماع. (ع)

(٤) قوله: "وانتقال الفعل إلخ" جواب عن قول الشافعي؛ لأن فعلها مضاف إليهم، يعني أن ذلك لا يكون إلا بالقياس على الإكراه، ولا يصح؛ لأن هناك الانتقال بتخويف القتل، وههنا تخويف بالضرب، فلا يلحق به، قيل وفيه ضعف؛ لأنه لم يقل بذلك قياسا على الإكراه، وإنما قال: بناء على أصل آخر، وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها، ولا كلام فيه، وإنما الكلام في النفحة، ومع ذلك لا يخلو عن ضعف، والجواب القوى ما ذكره بقوله: والحجة عليه ما ذكرنا، وقوله عليه السلام: «الرجل جبار». (ع)

(٥) قوله: "بتخويف القتل" يعني أن الإضافة والانتقال إنما يكون في الإكراه الكامل، وهو التخويف بالقتل أو القطع لا في الإكراه القاصر، وهو التخويف بالضرب، وهذا الإكراه قاصر، فلا ينتقل إليهم. (ك)

(٦) أي برواية الجامع لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة. (ع)

(٧) أي مطلقًا.

(٨) وأما في الإيطاء فعلى الراكب كفارة لا عليهما.

(٩) قوله: "لأن الراكب مباشر" والدليل على أنه مباشر من حيث حكم الشرع أن من سار على دابة في ملكه، فأوطأت إنسانًا بيدها أو رجلها، فقتله فعليه الدية والكفارة؛ لأن الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته، والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في إيجاب الضمان عليه كالرمي، فإن من رمى في ملكه، فأصاب إنسانًا كان عليه ضمانه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(١٠) أي في الإيطاء.

(١١) دابة.

(١٢) أي السائق والقائد.

الإيطاء، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد؛ لأنه يختص بالمباشرة.

ولو كان راكب وسائق، قيل: لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة؛ لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا[١]، والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى، وقيل: الضمان عليهما؛ لأن كل ذلك[٢] سبب الضمان[٣].

قال[٤]: وإذا اصطدم فارسان[٥]، فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما[٦] دية الآخر[٧].

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لما روي عن علي رضي الله تعالى عنه*، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه؛ لأنه بصدمته آلم[٨] نفسه وصاحبه، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، كما إذا كان الاصطدام عمداً[٩]، أو جرح كل واحد[١٠] منهما نفسه وصاحبه جراحة، أو حفراً

---

(١٣) أي محل الجناية.

(١٤) أي مسبب.

(١) إشارة إلى قوله: لأن التلف بثقله. (ع)

(٢) قوله: "لأن كل ذلك إلخ" ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر بنخس الدابة، فأوطأت إنساناً، كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناخس سائق، والآمر راكبه، فقد تبين ما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما وطأت الدابة يشتركان، ولا يختص به الراكب. (ك)

(٣) قوله: "سبب الضمان" لأن كل واحد منهما بانفراده عامل بالإتلاف، فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلف بالوطئ، وكذلك الركوب، فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب، بل كان التلف مضافاً إليهما نصفين، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر، فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة. (عناية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "وإذا اصطدم [باهم صدمه خوردند؛ أي تصادما بالجسد. رد المحتار] فارسان [أو ماشيان وهما حران خطأ. (على قاري)" اصطدام: باهم كوفتن، وبرهم زدن، تقول: اصطدم الفحلان إذا صدم بعضها بعضاً. (من)

(٦) قوله: "فعلى عاقلة [لو كان الاصطدام خطأ، كذا في "الغرر"] إلخ" وهذا ليس على إطلاقه، بل محمول على ما إذا تقابلا لما في الاختيار سار رجل على دابة، فجاء راكب من خلفه، فصدمه، فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر، وكذا في سفينتين. (ط عن أبي السعود)

(٧) قوله: "دية الآخر" وذكر الفارس ليس بقيد، فالحكم في اصطدام الماشيين وموتهما به كذلك ذكره في "المبسوط". (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٦ تحت "باب جناية البهيمة والجناية عليها"، والدراية ج٢ ص٢٨٢ تحت الحديث ١٠٤١. (نعيم)

(٨) والم سبب موت ست.

على قارعة الطريق بيرا، فانهار[1] عليهما، يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا هذا.

ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله فى نفسه مباح، وهو المشى فى الطريق، فلا يصلح[2] مستنداً للإضافة فى حق الضمان كالماشى إذا لم يعلم بالبئر[3]، ووقع فيها، لا يهدر شىء من دمه و فعل صاحبه، وإن[4] كان مباحًا لكن الفعل المباح فى غيره[5] سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره.

وروى[6] عن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية، فتعارضت روايتاه، فرجّحنا[7] بما ذكرنا[8].

وفيما ذكر من المسائل[9] الفعلان محظوران، فوضح الفرق، هذا الذى

(٩) قوله: "كما إذا كان الاصطدام [أى هر واحد صدمه زند ديگرى را عمداً. (ترجمه)] إلخ" لو كان الاصطدام عمداً، فالواجب نصف الدية اتفاقا؛ لأن كلا منهما مات بفعله، وفعل الآخر، فيعتبر نصف الدية، ويهدر النصف، كما إذا جرح كل منهما صاحبه، ولم يذكر فى "الهداية" و "الكافى"، صورة العمد صريحاً، بل فى ضمن دليل الخصم، ولهذا قال فى "الكفاية": أى يجب نصف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد، وفى الخطأ تجب الدية الكاملة على ما ذكر فى الكتب، خلا أنه ذكر الخطأ فى وضع المسألة، والعمد فى بيان قول الخصم. (در شرح غرر)

(١٠) وماتا.

(١) انهار: فرو دريد بنا. (من)

(٢) أى فعله فى نفسه.

(٣) قوله: "كالماشى إلخ" يعنى إذا مات بالوقوع فى البير مع أن البير بنفسها فى قارعة الطريق ليست بسبب لموته، بل البير مع المشى إليها سبب للموت، والمعنى فيه أيضاً هو أن كل واحد منهما مدفوع بصاحبه، فكأنه أوقعه من الدابة بيده، وهذا لأن دفع صاحبه إياه علة معتبرة لإتلافه فى الحكم، فأما قوة المصدوم، فلا يصلح أن يكون علة معارضة لدفع الصادم، فهو بمنزلة من وقع فى بير حفرها رجل فى الطريق، يجب الضمان على الحافر، وإن كان لولا مشيه وثقله فى نفسه، لما هوى فى البير. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى الآخر.

(٦) قوله: "وروى" وروى عن عبد الرزاق فى مصنفه فى القسامة عن أشعث عن الحكيم عن على أن رجلين صدم أحدهما صاحبه، فضمن كل واحد منهما لصاحبه الدية. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "فرجّحنا إلخ" فإن قيل: القياس لا يصلح مرجحا؛ لأنه علة يثبت به الحكم، والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة، قلنا: معناه فتعارضت روايتاه فتساقطت، فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل، أو نقول: القياس إنما يكون علة عند عدم النص، فأما عند وجود النص، فلا يصير علة، وههنا النص موجود، فإذا لم يصر علة يصح الترجيح به، أو نقول: ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما فى العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً. (ك)

(٨) أى لأن فعله مباح، وهو المشى فى الطريق. (ع)

(٩) قوله: "وفيما ذكر إلخ" جواب عن المسائل المذكورة فى جهتهما، وذلك لأن الفعل لما كان محظوراً كان

ذكرنا[١] إذا كانا حرين فى العمد والخطأ، ولو كانا عبدين يهدر الدم فى الخطأ[٢]؛ لأن الجناية تعلقت برقبته[٣] دفعًا[٤] وفداء، وقد فاتت[٥] لا إلى خلف من غير فعل المولى، فهدر ضرورة، وكذا فى العمد[٦]؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى، ولم يخلف بدلا.

ولو كان أحدهما حرًا والآخر عبدًا، ففى الخطأ تجب على عاقلة الحر[٧] المقتول قيمة العبد، فيأخذها[٨] ورثة المقتول الحر، ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة[٩]؛ لأن على أصل أبى حنيفة ومحمد تجب القيمة[١٠] على العاقلة[١١]؛ لأنه ضمان الآدمى[١٢]، فقد أخلف[١٣] بدلا بهذا القدر[١٤]، فيأخذه ورثة الحر المقتول، ويبطل[١٥] ما زاد عليه؛ لعدم الخلف.

وفى العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد؛ لأن المضمون هو النصف

موجبا للضمان، ولكن لم يظهر فى حق نفسه؛ لعدم الفائدة، فسقط إيجاب الضمان فى حق نفسه، واعتبر فى حق غيره، فذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه، فالمشى مباح محض، فلم ينعقد موجبا للضمان فى حق نفسه أصلا، فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة أحد له فى قتله، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر، كمن مشى حتى سقط فى البير ضمن الحافر، وإن كان السقوط بالحفر والمشى جميعًا، لكن لما كان المشى مباحًا لم يعتبر. (ك)

(١) قوله: "هذا الذى ذكرنا" أى وجوب نصف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفى الخطأ الدية الكاملة. (عناية)

(٢) أى فى الاصطدام خطأ.

(٣) أى برقبة العبد.

(٤) أى أما أن يدفع العبد إلى ولى الجناية أو يفدى عنه له مولاه.

(٥) الرقبة.

(٦) لأن العمد ههنا بمنزلة الخطأ. (ك)

(٧) قوله: "تجب [باعتبار كون الحر قاتلا. ك] على إلخ " لأن كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه، فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد، ثم قد تلف العبد الجانى، وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجنى عليه، وهو الحر؛ لأن القيمة التى دفعها عاقلة الحر صار بدلا عن العبد، فيأخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولا، لا بجهة كون الحر قاتلا. (ك)

(٨) بجهة كون الحر مقتولا. (ك) أى قيمة العبد. (ع)

(٩) أى قيمة العبد.

(١٠) أى قيمة العبد.

(١١) أى عاقلة الحر.

(١٢) وهو على العاقلة.

(١٣) العبد.

(١٤) أى قدر القيمة.

(١٥) من حق الحر المقتول.

في العمد، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول[١]، وما على العبد في رقبته، وهو نصف دية الحر، يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل، وهو نصف القيمة.

قال[٢]: ومن ساق دابة، فوقع السرج[٣] على رجل، فقتله ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها؛ لأنه[٤] متعدٍّ في هذا التسبيب؛ لأن الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشد، أو الأحكام فيه.

بخلاف الرداء[٥]؛ لأنه لا يشد في العادة، ولأنه قاصد[٦] لحفظ هذه الأشياء[٧]، كما في المحمول على عاتقه[٨] دون اللباس على ما مر من قبل[٩]، فيقيد بشرط السلامة.

قال[١٠]: ومن قاد[١١] قطاراً[١٢]، فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطئ بعير إنساناً ضمن به القائد، والدية على العاقلة؛ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق، وقد أمكنه ذلك[١٣]، وقد صار متعدّيًا بالتقصير فيه، والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه[١٤]، وضمان المال في ماله.

وإن كان معه سائق، فالضمان عليهما؛ لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه[١٥] لاتصال اللازمة، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل[١٦]، أما إذا كان

(١) العبد.

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) سرج -بالفتح- زين. (م)

(٤) سائق.

(٥) قوله: "بخلاف الرداء" يعني إذا كان لابسًا رداء، فسقط عنه، وعطب به إنسان أو غيره؛ لا ضمان عليه؛ لأن الإنسان لا يقصد حفظ اللباس، ولا يمكنه أن يمشي عريانًا وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوًا. (ك)

(٦) قوله: "ولأنه قاصد إلخ" ولأن اللباس تبع للابس، وهو لو وقع في الطريق، وعثر به إنسان لا يلزمه الضمان، فكذا إذا عثر بلباسه. (زيلعي)

(٧) يعني السرج وسائر أدواته. (ع)

(٨) قوله: "كما في المحمول على عاتقه [عاتق دوش. م]" فإنه إذا وقع على شيء، فأتلفه، فإنه يجب الضمان، بخلاف اللباس، فإنه لا يقصد حفظه. (ع)

(٩) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) كشيد.

(١٢) بالكسر: قطار الإبل تقطر على نسق واحد، والجمع قطر ككتب، كذا في "المغرب".

(١٣) أي حفظ القطار.

(١٤) أي التسبيب.

توسطها[١]، وأخذ بزمام[٢] واحد، يضمن ما عطب بما هو خلفه، ويضمنان[٣] ما تلف بما بين يديه؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام[٤] الزمام، والسائق يسوق ما يكون قدامه.

وإن ربط رجل بعيرًا إلي القطار والقائد لا يعلم[٥]، فوطئ المربوط إنسانًا، فقتله، فعلى عاقلة القائد الدية؛ لأنه يمكنه[٦] صيانة القطار عن ربط غيره، فإذا ترك الصيانة صار متعديًا، وفي التسبيب الدية علي العاقلة، كما في القتل الخطأ[٧].

ثم يرجعون بها[٨] على عاقلة الرابط؛ لأنه[٩] هو الذى أوقعهم في هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء[١٠]، وكل[١١] منهما مسبب؛ لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط.

قالوا[١٢]: هذا إذا ربط[١٣] والقطار تسير؛ لأنه[١٤] أمر بالقود دلالةً، فإذا لم

---

(١٥) أى سائق الواحد سائق الكل.

(١٦) أى يمشي في جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر، ولا يأخذ بزمام بعير. (ك)

(١) قوله: "أما إذا كان [سائق] توسطها [قطار] إلخ" قيد التوسط بأخذ الزمام؛ لأنه إذا لم يأخذ الزمام، فهو سائق للكل أو قائد؛ لأنه إن كان يكون أحيانًا وسطها، وأحيانًا يتقدم وأحيانًا يتأخر، ولو كان رجل راكبًا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئًا، لم يضمن فيما يصيب الإبل التى بين يديه؛ لأنه ليس بسائق لما بين يديه، ولكن هو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذى هو عليه وما خلفه، أما في البعير الذى هو عليه؛ لأنه راكب، وأما فيما خلفه فلأنه قائد لما خلفه، لأن زمام ما خلفه مربوط ببعيره.

وقال بعض المتأخرين: هذا إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأما إذا كان هو نائمًا على بعيره، أو قاعدًا لا يفعل شيئًا، يكون به قائدًا لما خلفه، فلا ضمان عليه في ذلك، وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير، كذا في "المبسوط". (ك)

(٢) قوله: "بزمام" زمام -بالكسر- رسنى ومهار كه در چوب بينى شتر كنند. (م)

(٣) السائق والقائد.

(٤) بريده شدن. (م)

(٥) قوله: "والقائد لا يعلم [بالربط]" قيد به ليبتنى عليه قوله، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنه إذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط. (ك)

(٦) قائد.

(٧) فإن الدية فيه على العاقلة.

(٨) أى بالدية.

(٩) رابط.

(١٠) قوله: "وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء" أى القائد والرابط بطريق الشركة، وكل منهما مسبب أى مع أن كلا منهما مسبب، وهذا يوجب الاشتراك في الضمان. (ك)

(١١) الواو حالية.

يعلم[١] به[٢]، لا يمكنه التحفظ من ذلك، فيكون قرار الضمان على الرابط، أما إذا ربط، والإبل قيام، ثم قادها ضمنها[٣] القائد؛ لأنه[٤] قاد بغير غيره بغير إذنه لا صريحًا، ولا دلالة، فلا يرجع[٥] بما لحقه عليه[٦].

قال[٧]: ومن أرسل بهيمة[٨]، وكان لها سائقًا[٩]، فأصابت في فورها يضمنه؛ لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق، قال[١٠]: ولو أرسل طيرًا[١١] وساقه، فأصاب في فوره[١٢]، لم يضمن[١٣].

والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق، فاعتبر سوقه، والطير لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة[١٤]، وكذا لو أرسل كلبًا، ولم يكن له سائقًا لم يضمن[١٥]، ولو أرسله إلى صيد، ولم يكن له سائقًا، فأخذ الصيد وقتله حل.

---

(١٢) قوله: "قالوا: هذا إلخ" يعني أن لفظ "الجامع الصغير" غير متعرض للسير والوقوف، والمشايخ قالوا: هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط إلخ. (ع)

(١٣) الجمل.

(١٤) رابط.

(١) قائد.

(٢) ربط.

(٣) قوله: "ضمنها [بلا رجوع على أحد. ع] إلخ" لأن ربط الجمل بالقطار جناية، وإنما واقفة في الطريق، وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد، فبرأ عن موجبها، كمن وضع حجرًا على قارعة الطريق، ثم جاء إنسان، وحول الحجر من ذلك الموضع إلى موضع آخر، لم يكن على الواضع الأول شيء، أن تعقل به إنسان؛ لأن وضعه الحجر جناية، ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنايته بفعل الواضع الثاني، فبرأ الأول. (ك)

(٤) قائد.

(٥) قائد.

(٦) رابط.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) قوله: "ومن أرسل بهيمة" يريد كلبا لقوله بعده، وكذا لو أرسل كلبا. (عناية)

(٩) والمراد بالسوق أن يمشي خلفه. (زيلعي)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) أي بازيًا. (ع)

(١٢) بأن قتل صيدًا مملوكًا. (ع)

(١٣) أي المرسل السائق. (ع)

(١٤) قوله: "بمنزلة" ومن ثمه قالوا: لو أرسل بازيا في الحرم فقتل صيد الحرم، لا يضمن المرسل. (زيلعي)

(١٥) قوله: "لم يضمن [لعدم وجود السوق]" يعني وإن أصاب الكلب شيئًا في فور الإرسال لا يضمن المرسل. (ك)

ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها[١]، ولا تصلح نائبة عن المرسل، فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد، فأضيف إلى المرسل؛ لأن الاصطياد مشروع، ولا طريق له سواه، ولا حاجة[٢] في حق الضمان العدوان.

وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطًا؛ صيانة لأموال الناس.

قال رضي الله تعالى عنه[٣]: وذكر في "المبسوط" إذا أرسل دابة[٤] في طريق المسلمين، فأصابت[٥] في فورها، فالمرسل ضامن[٦]؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها[٧]، ولو انعطفت[٨] يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال، إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه[٩]، وكذا[١٠] إذا وقفت[١١]، ثم سارت.

بخلاف ما إذا وقفت[١٢] بعد الإرسال في الاصطياد، ثم سارت، فأخذت الصيد[١٣]؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل[١٤]؛ لأنه لتمكنه من الصيد،

---

(١) قوله: "مختارة إلخ" الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله، ولا يجوز إضافته إلى غيره، إلا أنا تركنا ذلك في فعل البهيمة إذا وجد منه السوق، بخلاف ما إذا أرسل الكلب إلى صيد، حيث يؤكل ما أصابه، وإن لم يكن سائقا؛ لأن الحاجة مست إلى الاصطياد، فأضيف إلى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة. (زيلعي)

(٢) أي إلى إضافة فعل البهيمة سوى الاصطياد إلى المرسل.

(٣) أي المصنف.

(٤) فرسًا أو بعيرًا، أو أمثالها.

(٥) شيئًا.

(٦) قوله: "فالمرسل ضامن" قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، وفي "النهاية": وإن كان أصاب الكلب شيئًا في فور الإرسال، لا يضمن المرسل، بخلاف الدابة حتى قالوا: إذا أرسل كلبا، أو دابة، فأصاب في فوره شيئًا، يضمن في الدابة دون الكلب والطير. (ك)

(٧) سنن: روش وطريق. (م)

(٨) انعطاف: خم گرفتن وبرگرديدن. (م)

(٩) قوله: "إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه" أي سوى طريق اليمنة أو اليسرة، بأن كان على الجادة ماء أو وحل، فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال أيضًا، كما لو لم ينعطف يمنة أو يسرة. (ك)

(١٠) أي ينقطع حكم الإرسال

(١١) أي الدابة.

(١٢) أي الكلب المعلم وأمثاله. (ك)

(١٣) فلا ينقطع الإرسال، بل يحل الصيد.

(١٤) قوله: "لأن تلك الوقفة إلخ" يعني أن هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الإرسال، حتى حل ما قتله من الصيود، ولو انقطع حكم الإرسال لما حل، كما لو قتله هو بنفسه من غير إرسال، فلما كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل

وهذه[1] تنافى مقصود المرسل، وهو السير، فينقطع حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد[2]، فأصاب نفسًا أو ما لا فى فوره، لا يضمنه من أرسله، وفى الإرسال فى الطريق يضمنه؛ لأن شغل الطريق تعد، فيضمن ما تولد منه، أما الإرسال للاصطياد فمباح، ولا تسبيب إلا بوصف التعدّى.

قال[3]: ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعًا على فوره[4]، ضمن المرسل، وإن مالت يمينًا أو شمالا، وله طريق آخر لا يضمن؛ لما مر[5]، ولو انفلتت[6] الدابة، فأصابت مالا، أو آدميًا ليلا أو نهارًا، لا ضمان على صاحبها؛ لقوله عليه السلام: «جرح العجماء جبار[7]»*.

وقال محمد: هى المنفلتة[8]، ولأن الفعل غير مضاف إليه، لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته[9].

قال: شاة لقصاب[10] فقئت عينها[11]، ففيها ما نقصها؛ لأن المقصود منها هو

الذى هو أخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير، فلم ينقطع حكم الإرسال كذلك. (ك)

(١) قوله: "وهذه" أى هذه الوقفة التى هى وقفة الدابة، والمراد بها الفرس، أو البعير وأمثالهما ينافى مقصود المرسل الذى هو السير. (ك)

(٢) قوله: "وبخلاف إلخ" معطوف على قوله: بخلاف ما إذا وقفت؛ لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسألة، ثم فى قوله وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد إلى آخره، ذكر الفرق بين الإرسالين، كما أنه فى قوله، بخلاف ما إذا وقفت ذكر الفرق بين الوقفتين. (ك)

(٣) أى المصنف. (عينى) ليس فى أكثر النسخ: قال. (عينى)

(٤) أى على فور الإرسال، وهو أن لا يميل يمينًا وشمالا. (ك)

(٥) إشارة إلى قوله: انقطع حكم الإرسال. (ع)

(٦) قوله: "انفلتت" فلت -بالتحريك- رهائى، يقال: ما لك منه فلت، أى لا تنفلت منه. (من)

(٧) قوله: "جرح العجماء إلخ" روى البخارى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «العجماء جرحها جبار» العجماء بفتح العين المهملة وسكون الجيم بالمد: مؤنث أعجم، هو الذى لا يقدر على الكلام، والمراد ههنا البهيمة، والجبار -بضم الجيم وتخفيف الباء الموحدة- الهدر، أى لا شيء فيه. (قمر الأقمار)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٧، والدراية ج٢ ص٢٨٣، الحديث ١٠٤٢. (نعيم)

(٨) قوله: "هى المنفلتة" أى العجماء التى أهدر النبى عليه السلام فعلها هى المنفلتة لا التى أرسلت، فإن إفسادها إذا كان فى فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفًا، فكان تفسيرًا احترازًا عن الإجراء على عمومه. (عناية)

(٩) يعنى السوق والقود والركوب. (ع)

(١٠) قوله: "شاة لقصاب إلخ" هذا هو الحكم فى كل شاة، والقصاب ليس بقيد، وكذلك الجزار أيضًا ليس بقيد، والحكم فى كل بقرة وبعير كالحكم فى بقرة الجزار وجزوره، وإنما وضع المسألة فى بقرة الجزار، وجزوره لئلا يتوهم إنهما معدان للحم، فيكون حكمها حكم الشاة. (ك)

(١١) فقأ: كور كردن. (من)

اللحم، فلا يعتبر إلا النقصان[١]، وفي عين بقرة الجزار وجزوره[٢] ربع القيمة، وكذا في عين الحمار[٣] والبغل والفرس، وقال الشافعي: فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة. ولنا ما روى[٤] أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة*، وهكذا[٥] قضى عمر رضي الله تعالى عنه**، ولأن فيها[٦] مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه الآدمي، وقد تمسك للأكل، فمن هذا الوجه تشبه المالوكات، فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في إيجاب الربع[٧]، وبالشبه الآخر في نفي النصف.

ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها[٨] بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل، فكأنها ذات أعين أربعة، فيجب الربع بفوات أحدهما.

قال[٩]: ومن سار على دابة في الطريق، فضربها رجل، أو نخسها[١٠]، فنفحت[١١] رجلا، أو ضربته بيدها، أو نفرت فصدمته[١٢] فقتلته، كان

---

(١) أي نقصان المالية.

(٢) قوله: "وجزوره [الجزور ما أعد من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى. ع]" جزر: شتر كشتن وپوست باز كردن از وى، يقال: جزرت الجزور وبريدن. (من)

(٣) وكذا كل ما يؤكل لحمه.

(٤) رواه الطبراني في "معجمه" عن زيد بن ثابت. (علي قاري)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٨، والدراية ج٢ ص٢٨٣، الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٥) كذا أورده العيني في "شرح الكنز".

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٨، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٦) قوله: "ولأن فيها [أي في البقر والجزور والفرس وغيرها] إلخ" دليل معقول، وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة، فإن المقصود فيها اللحم، وفقأ العين لا يفوته، بل هو عيب، فيلزمه نقصان المالية. (ع)

(٧) قوله: "فبشبه الآدمي في إيجاب الربع" من حيث إنا أوجبنا المقدار من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف، فوجب نصف التقدير الواجب عملا بهما، وذكر الإمام التمرتاشي، وقيل: لو فقأ الأخرى أو فقأهما معاً، يجب القيمة إن سلم الجثة، وفي "جامع أبي بكر" فقأ عيني الدابة فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقي وضمنه القيمة، وإن شاء امسكها وضمن النقصان، وهذا لأن المعمول به في هذا الباب النص، والنص ورد في عين واحدة، فيقتصر عليه. (ك)

(٨) قوله: "ولأنه إنما يمكن إلخ" دليل آخر لكن الاعتماد على الأول، ألا يرى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة، كذا قاله فخر الإسلام. (عناية)

(٩) قوله: "قال" أي المصنف، وإنما قلنا: كذلك؛ لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في "البداية"، بل هي من مسائل "الأصل". (عيني)

(١٠) قوله: "أو نخسها [يعني بغير إذن الراكب والنخس، هو الطعن، ولو نخس وهو مأذون كان سائقاً]" نخس - بالفتح - سر چوب يا سر انگشت بكسى زدن. (م)

ذلك على الناخس دون الراكب[1]، هو المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما*.

ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، فأضيف فعل الدابة إليه، كأنه فعله بيده، ولأن الناخس متعدٍّ فى تسبيبه، والراكب فى فعله غير متعدٍّ[2]، فيترجح جانبه فى التغريم للتعدّى[3]، حتى لو كان واقفًا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب، والناخس نصفين؛ لأنه متعدٍّ فى الإيقاف أيضًا.

قال: وإن نفحت الناخس كان دمه هدرًا؛ لأنه بمنزلة الجانى على نفسه، وإن ألقت[4] الراكب فقتلته، كان ديته على عاقلة الناخس؛ لأنه متعدٍّ فى تسبيبه، وفيه الدية على العاقلة.

قال: ولو وثبت[5] بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته، كان ذلك على الناخس دون الراكب؛ لما بيناه[6]، والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء[7].

وعن أبى يوسف[8] أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين؛ لأن

---

(١١) قوله: "فنفحت" يقال: نفحت الدابة الشىء إذا ضربته بحد حافرها، كذا نقل فى "الكفاية"، وفى "منتهى الأرب": نفح پاى زدن ناقه وجز آن، يقال: نفحت الدابة إذا رمت بحافرها.

(١٢) الصدم أن تضرب الشىء بجسده. (ك)

(١) قوله: "دون الراكب" فإن قيل: القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب؛ لكونه مباشرًا، وإن لم يكن متعديا؛ لأن التعدى ليس من شرطه، فإن لم يختص به، فلا أقل من الشركة، فالجواب أن القياس ترك بالأثر، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما، وقد أشار المصنف أيضًا إلى الجواب بقوله: ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، والمدفوع إلى الشىء وإن كان مباشرًا لا يعتبر مباشرًا، كما فى الإكراه الكامل، فلا يجب عليه جزاء المباشرة، إن فرض مباشرًا، ولا التسبيب أيضًا؛ لأنه يعتمد التعدّى، وهو مفقود. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٨، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٢) قوله: "والراكب فى فعله إلخ" يعنى أن الراكب مباشر فيما إذا أتلفت بالوطء؛ لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام ههنا فى ذلك، وإنما هو فى النفح بالرجل، والضرب باليد والصدمة، فكانا سببين، وترجح الناخس فى التغريم للتعدى. (ع)

(٣) أى فاعتبرنا مرجّحًا فى التغريم؛ لأن الترجيح بسبب الاعتبار. (ع)

(٤) بالنخس.

(٥) وثوب: بر جستن. (م)

(٦) قوله: "لما بيناه" إشارة إلى قوله: لأن الراكب والمركوب مدفوعان، وفى "النهاية": هو قوله؛ لأنه متعدٍّ فى تسبيبه، وليس بشىء، فتأمل. (عناية)

(٧) قوله: "سواء" أى يجب الضمان على الناخس فى كل حال؛ لأن الوقوف فى ملكه ليس بتعدٍّ كالسير فيه، بخلاف الوقوف فى الطريق، فإنه تعد، ولهذا يكون الضمان على الراكب، والناخس نصفين؛ لأنه متعدٍّ فى الإيقاف أيضًا. (ك)

(٨) فى رواية ابن سماعة.

التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة، والثاني[١] مضاف إلى الناخس، فيجب الضمان عليهما.

وإن نخسها بإذن الراكب، كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان[٢] عليه في نفحتها؛ لأنه أمره بما يملكه، إذ النخس في معنى السوق، فصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر.

قال: ولو وطئت رجلا في سيرها، وقد نخسها الناخس بإذن الراكب، فالدية عليهما نصفين جميعًا إذا كانت في فورها الذي نخسها؛ لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما[٣]، والإذن يتناول فعله السوق، ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف[٤]، فمن هذا الوجه يقتصر عليه[٥].

والركوب وإن كان علة للوطئ[٦]، فالنخس ليس بشرط لهذه العلة، بل هو شرط أو علة للسير، والسير علة للوطئ، وبهذا لا يترجح صاحب العلة، كمن جرح إنسانًا، فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق، ومات فالدية عليهما[٧]؛ لما أن الحفر شرط علة أخرى[٨]، دون علة الجرح، كذا هذا.

ثم قيل: يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء؛ لأنه[٩] فعل بأمره[١٠]، وقيل: لا يرجع وهو الأصح فيما أراه؛ لأنه[١١] لم يأمره بالإيطاء،

---

(١) قوله: "والثاني" أي الوطئ مضاف إلى الناخس؛ لأنه كالسائق مع الراكب، فيضمنان ما وطئته الدابة. (عناية)

(٢) أي في صورة الإذن.

(٣) أي إلى الراكب والناخس. (ع)

(٤) قوله: "ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف" لوجود انفصال السوق عن الإتلاف، فليس عينه، ولا من ضروراته، فمن هذا الوجه يقتصر عليه أي على الناخس؛ لأن الراكب إذن له بالسوق لا بالإيطاء. (عناية)

(٥) أي من وجه الإتلاف يقتصر على الناخس لا يتعدى إلى الآمر، بأن يقال: إنه أمره، فكأنه أتلفه فيبرأ الناخس.

(٦) قوله: "والركوب إلخ" جواب سؤال، تقريره: أن الراكب صاحب علة للوطئ على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والدفع، فكان ذلك بمنزلة فعل رجل حقيقةً، ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس، فإنه صاحب شرط في حق فعل الوطئ، والإضافة إلى العلة أولى، ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطئ، ولكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب، بل هو شرط، أو علة للسير، والسير علة للوطئ، فكان الوطئ ثابتاً بعلتين، فيجب الضمان عليهما. (عناية)

(٧) أي على الجارح والحافر.

(٨) وقوع.

(٩) ناخس.

(١٠) راكب.

(١١) راكب.

والنخس ينفصل عنه[١]، وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك على الدابة بتسييرها[٢]، فوطئت إنسانًا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي، فإنهم لا يرجعون على الآمر؛ لأنه أمره[٣] بالتسيير، والإيطاء ينفصل عنه[٤]، وكذا إذا ناوله[٥] سلاحًا، فقتل به آخر، حتى ضمن لا يرجع على الآمر.

ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس، حتى يكون السوق مضافًا إليه[٦]، وإذا لم يكن[٧] في فور ذلك[٨]، فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس، فبقي السوق مضافًا إلى الراكب على الكمال.

ومن قاد دابةً فنخسها رجل، فانفلتت من يد القائد، فأصابت في فورها، فهو على الناخس، وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره؛ لأنه مضاف إليه[٩]، والناخس إذا كان عبدًا[١٠] فالضمان في رقبته، وإن كان صبيًا ففي ماله[١١]؛ لأنهما[١٢] مؤاخذان بأفعالهما.

ولو نخسها شيء منصوب في الطريق، فنفحت إنسانًا فقتلته، فالضمان على من نصب ذلك الشيء؛ لأنه متعدٍّ بشغل الطريق، فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله، والله أعلم.

---

(١) فإن الإيطاء لا يلزم النخس.

(٢) قوله: "صبيًا يستمسك [صفة صبيًا] إلخ" إنما قيد بذلك؛ لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد، أما على الصبي فلأن مثله بمنزلة الحمل على الدابة، فلا يضاف السير إليه، وأما على الرجل، فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يضف سيرها إلى أحد، كانت منفلتة، وفعلها جبار. (ع)

قوله: "يستمسك" أي يقدر على الركوب على الدابة، وفي "التاج": الاستمساك چنگ در زدن.

(٣) صبي.

(٤) أي عن التيسير.

(٥) صبي.

(٦) ناخس.

(٧) إيطاء.

(٨) نخس.

(٩) أي لأن فعل الدابة حينئذ مضاف إلى الناخس.

(١٠) قوله: "والناخس إذا كان عبدًا" يعني ونخس بغير إذن الراكب، فالضمان في رقبته يدفع بها، أو يفدى. (ع)

(١١) قوله: "وإن كان صبيًا ففي ماله" قال العلامة النسفي في "الكافي": يحتمل أن يراد به إذا كانت الجناية على المال، أو فيما دون أرش الموضحة، قلت: ويحتمل أن يراد به أن الصبي إذا كان من العجم؛ لأنه لا عاقلة للعجم. (ك)

(١٢) أي العبد والصبي.

باب جناية المملوك والجناية عليه[١]

قال[٢]: وإذا جنى العبد جناية خطأ[٣]، قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها، أو تفديه*.

وقال الشافعي: جنايته في رقبته، يباع فيها، إلا أن يقضي المولى الأرش، وفائدة الاختلاف في اتّباع الجاني[٤] بعد العتق، والمسألة مختلفة[٥] بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.

له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف؛ لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، ولا عاقلة للعبد؛ لأن العقل عندي[٦] بالقرابة، ولا قرابة بين العبد ومولاه، فتجب في ذمّته[٧]، كما في الدين[٨]، ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال.

ولنا أن الأصل في الجناية[٩] على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله[١٠]، والإجحاف[١١] به، إذ هو معذور فيه[١٢]، حيث لم يتعمد الجناية،

---

(١) قوله: "باب جناية المملوك إلخ" لما فرغ عن بيان أحكام جناية المالك، وهو الحر، شرع في بيان أحكام جناية المملوك، وهو العبد، وأخره لانحطاط رقبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة، فكيف أخر باب جناية المملوك عن باب جناية البهيمة؛ لأن جنايته كانت باعتبار الراكب، أو السائق، أو القائد، وهم ملاك. (ع)

(٢) أي القدوري . (عيني)

(٣) قوله: "جنايةً خطأً" خطأ التقييد بالخطأ ههنا إنما يفيد في النفس؛ لأن بعمده يقتص، وأما فيما دونها فلا يفيد لاستواء خطئه وعمده فيما دونها، ثم إنما يثبت الخطأ بالبينة أو إقرار مولاه أو علم القاضي لا بإقراره أصلا. (بدائع) قلت: لكن قوله : أو علم القاضي غير المفتى به، فإنه لا يعمل بعلم القاضي في زماننا. (شرنبلالية عن الأشباه، در مختار)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٤) قوله: "في اتّباع الجاني" فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد، فلا يتبعه بعد العتق؛ لأنه بالعتق صار مختاراً للفداء. (ع)

(٥) فعن ابن عباس رضي الله تعالى عنه مثل مذهبنا، وعن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما مثل مذهبه. (ك)

(٦) وفي نسخة: عنده أي عند الشافعي.

(٧) قوله: "فتجب [دية] في ذمّته" أي في ذمة العبد؛ لأن ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال، فيكون واجباً في ذمته، ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلا لمالية رقبته، فيباع فيه إلا أن يقضي المولى دينه. (ك)

(٨) قوله: "كما في الدين" يعني إذا قتل الذمي رجلا خطأ، يجب ديته في رقبته لا على عاقلته، كما في إتلاف المال. (ع)

(٩) قوله: "ولنا أن الأصل إلخ" فيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى، وعنده الوجوب على العبد، كما ذكرنا، وبناءه عل أصل، ونحن على أصل، فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر؟ ويمكن أن يقال: أن قوله: الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف باطل، فإن الأصل ذلك في موجب جناية العمد، أو الخطأ الأول مسلم، ولا يفيد إذ الكلام في الخطأ، والثاني عين النزاع. (مل)

وتجب على عاقلة الجانى، إذا كان له عاقلة، والمولى عاقلته[١]؛ لأن العبد يستنصر به[٢].

والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب[٣] على أهل الديوان[٤]، بخلاف الذمى لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم، فلا عاقلة، فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبخلاف الجناية على المال؛ لأن العواقل لا تعقل المال، إلا أنه يخيّر[٥] بين الدفع[٦] والفداء؛ لأنه[٧] واحد.

وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه؛ كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلى هو الدفع[٨] في الصحيح[٩]، ولهذا يسقط الموجب[١٠] بموت العبد لفوات محل الواجب، وإن[١١] كان[١٢] له حق النقل إلى الفداء، كما في مال الزكاة[١٣]، بخلاف

---

(١٠) استئصال: از بن بركندن. (م)

(١١) إجحاف: كار بركسى تنگ گرفتن. (م)

(١٢) لكون الخطأ مرفوعًا شرعًا. (زيلعى)

(١) عبد.

(٢) المولى.

(٣) دية.

(٤) قوله: "الديوان" ديوان كتاب كه در آن لشكر يان واهل عطيه مكتوب باشند، وأول من وضعه في الإسلام عمر رضى الله عنه. (من)

(٥) قوله: "إلا أنه [أى أن المولى] يخيّر إلخ" استثناء من قوله: والمولى عاقلته، جواب عما يقال: لو كان المولى عاقلته، لما كان مخيراً، كما في سائر العواقل، ووجه ذلك مذكور في الكتاب، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف، ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر التخفيف فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الإجحاف، وأما ههنا فالمولى واحد، فأظهرناه فيه بإثبات الخيار. (ع)

قوله: "يخيّر" أى في أصل المسألة، وهو ما إذا جنى العبد جناية خطأ. (ك)

(٦) إلى ولى الجناية.

(٧) مولى

(٨) قوله: "غير أن إلخ" جواب عما يقال: لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير، لما سقط بموت العبد، كما في الجانى الحر إذا مات، فإن العقل لا يسقط عن عاقلته. (ع)

(٩) قوله: "في الصحيح" احتراز عن رواية أخرى، ذكرها التمرتاشى أن الدية هو الأصل، لكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجانى، وإنما كان ذلك صحيحاً؛ لما ذكر في "الإسرار": أن مشايخنا ذكروا أن الواجب الأصلى هو الأرش على المولى، والمخلص بالدفع، ثم قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن أن الواجب هو العبد. (عناية)

(١٠) قوله: "ولهذا يسقط إلخ" أى لكون الموجب الأصلى هو الدفع. (ع)

قوله: "ولهذا يسقط إلخ" أى إذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة المجنى عليه حقه من الدفع أو الفداء، وهذا يدل على أن الموجب الأصلى هو الدفع. (ك)

موت الجانى الحر[١]؛ لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء، فصار كالعبد فى صدقة الفطر[٢].

قال[٣]: فإن دفعه[٤] ملكه ولى الجناية، وإن فداه فداه بأرشها[٥]، وكل ذلك يلزمه[٦] حالا، أما الدفع فلأن التاجيل فى الأعيان باطل[٧]، وعند اختياره[٨] الواجب عين، وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد فى الشرع[٩]، وإن[١٠] كان مقدراً بالمتلف، ولهذا سمى فداء، فيقوم مقامه[١١]، ويأخذ حكمه[١٢]، فلهذا وجب حالا كالمبدل.

وأيهما اختاره[١٣] وفعله لا شيء لولى الجناية غيره[١٤]، أما الدفع فلأن حقه

---

(١١) الواو وصلية.

(١٢) مولى.

(١٣) قوله: "كما فى مال الزكاة" فإن موجب مال الزكاة هو إيتاء جزء من النصاب يسقط بهلاك النصاب بعد الحول؛ لأن الواجب جزء من النصاب، فيسقط بهلاكه، وإن كان لصاحبه حق، نقل أداء الزكاة من مال إلى آخر، بخلاف جناية الحر، حيث لا يتعلق الواجب بذمته استيفاء؛ لأنه ليس بمال، فلم يسقط بموت الجانى كالعبد فى صدقة الفطر، لما لم يتعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاء لا يسقط صدقة الفطر بموته. (ك)

(١) جواب عما يذكر ههنا مستشهداً به، كما ذكرنا آنفًا. (م)

(٢) فإنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد. (م)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى المولى العبد الجانى. (م)

(٥) جناية.

(٦) مولى.

(٧) لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفيهًا، وتحصيل الحاصل باطل.

(٨) أى عند اختيار المولى الدفع.

(٩) قوله: "فلأنه جعل بدلا إلخ" قيل: كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد فى الحكم، ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص، ولم يتحدا فى الحكم، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له، وإذا صار مالا تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء، والنية من شرطه دون الأصل، ويجوز أن يقال: الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل، إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك، وهو أن القصاص غير صالح، فإن تعلق حق الموصى له بالمال، فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه، فلم يكن بد من إلحاق النية به؛ ليكون مطهراً شرعًا، بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضرورى يمنعه عن الحلول الذى هو أصل الحكم، فيكون ملحقًا به. (عناية)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) عبد.

(١٢) عبد.

(١٣) المولى.

(١٤) وفى نسخة: سواء.

متعلق به[١]، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط[٢].

وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه، سلم العبد له، فإن لم يختر[٣] شيئًا حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه؛ لفوات محل حقه على ما بيناه[٤]، وإن مات[٥] بعد ما اختار[٦] الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى.

قال[٧]: فإن عاد[٨] فجنى[٩]، كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى[١٠]، معناه بعد الفداء[١١]؛ لأنه[١٢] لما طهر عن الجناية بالفداء، جعل كأن لم تكن[١٣]، وهذا ابتداء جناية.

قال[١٤]: وإن جنى جنايتين، قيل للمولى: إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما؛ لأن تعلق الأولى[١٥] برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها[١٦] كالديون المتلاحقة.

---

(١) العبد.

(٢) حق المطالبة.

(٣) المولى.

(٤) إشارة إلى قوله: غير أن الواجب الأصلي هو الدفع. (ع)

(٥) العبد.

(٦) المولى قولا أو فعلا. (ع)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) العبد.

(٩) ثانيًا.

(١٠) قوله: "كحكم الجناية الأولى" أي يقال للمولى: ادفعه بالجناية الثانية أو افده، كما هو الحكم في الجناية الأولى. (كفاية)

(١١) قوله: "معناه بعد الفداء" إنما فسر المسألة بهذا؛ لأنه إذا لم يفده عن الجناية الأولى، ثم جنى أخرى، كان المسألة عين المسألة الثانية، وهو قوله: وإن جنى جنايتين قيل للمولى: إما أن تدفعه إلخ. (كفاية)

(١٢) العبد.

(١٣) الجناية .

(١٤) أي القدوري . (عيني)

(١٥) الجناية الأولى.

(١٦) قوله: "لا يمنع إلخ" وهذا بخلاف الرهن، فإن تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني به، حتى إن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون، لحقته قبل الرهن، أو بعده، لا يتعلق سائر الديون به؛ لأن الرهن إيفاء حكمًا، والارتهان استيفاء حكمًا، فيعتبران بالإيفاء والاستيفاء الحقيقيين، ففي الحقيقي لا يبقى تعلق، فكذا في الحكمي. (ك)

ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية[١]، فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع، ومعنى قوله: على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما[٢].

وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم، وإن فداه فداه بجميع أروشهم؛ لما ذكرنا[٣]، ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثًا؛ لأن أرش العين[٤] على النصف من أرش النفس، وعلى هذا حكم الشجّات[٥].

وللمولى أن يفدى من بعضهم، ويدفع[٦] إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها[٧]، وهى الجنايات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليّان، لم يكن له[٨] أن يفدى من أحدهما، ويدفع إلى الآخر؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه، وهى الجناية المتحدة، والحق يجب للمقتول[٩]، ثم للوارث خلافةً عنه[١٠]، فلا يملك[١١] التفريق في موجبها.

قال[١٢]: فإن أعتقه المولى[١٣]، وهو لا يعلم بالجناية، ضمن الأقل من قيمته ومن

---

(١) الأولى.

(٢) قوله: "على قدر أرش جنايتهما" لأن المستحق إنما يستحقه عوضاً عما فات عليه، فلا بد من أن تقسم على قدر المعوض، كذا فى "الإيضاح". (كفاية)

(٣) يعنى قوله: لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانى به. (ع)

(٤) أى العين الواحدة. (ك)

(٥) قوله: "وعلى هذا حكم الشجات" يعنى لو شج رجلا موضحة، وآخر هاشمة، وآخر منقلة، ثم اختار المولى الدفع، يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد؛ لأن له خمس مائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه؛ لأن له ألفًا، وإلى صاحب المنقلة نصفه؛ لأن له ألفًا وخمس مائة، فيقتسمون الرقبة هكذا. (عناية)

(٦) العبد.

(٧) قوله: "لأن الحقوق مختلفة" يعنى فجاز أن يختار فى أحدهم خلاف ما يختار فى حق الآخر، كما لو انفرد كل واحد منهم. (عناية)

(٨) مولى.

(٩) قوله: "والحق يجب إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الحق وإن كان متّحداً بالنظر إلى السبب، فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين، فينبغى أن يتمكن المولى من أن يفدى من أحدهما، وأن يدفع إلى الآخر كما فى الجنايات المختلفة. (ك)

(١٠) قوله: "ثم للوارث خلافةً عنه" لا يقال: الملك يثبت للوارث حقيقةً وحكمًا، وللميت حكمًا فقط؛ لأنه ليس من أهل الملك حقيقةً، وجب ترجيح جانب الوارث؛ لأن ملك الميت أصل، وملك الوارث متفرع عليه، واعتبار الأصل أولى. (عناية)

(١١) المولى.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "فإن أعتقه إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل، أن المولى متى أحدث فى العبد تصرفًا يعجزه عن الدفع،

أرشها[١]، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية، وجب عليه الأرش؛ لأن فى الأول فوت حقه، فيضمنه، وحقه فى أقلهما[٢]، ولا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا اختيار بدون العلم.

وفى الثانى صار مختاراً[٣]؛ لأن الإعتاق يمنعه من الدفع، فالإقدام عليه[٤] اختيار منه للآخر[٥].

وعلى هذين الوجهين[٦] البيع والهبة والتدبير والاستيلاد؛ لأن كل ذلك مما يمنع الدفع؛ لزوال الملك به[٧]، بخلاف الإقرار[٨] على رواية الأصل[٩]؛ لأنه لا يسقط به حق ولى الجناية، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك؛ لجواز أن يكون الأمر، كما قاله المقر[١٠].

وألحقه الكرخى بالبيع[١١] وأخواته؛ لأنه[١٢] ملكه[١٣] فى الظاهر، فيستحقه المقرله بإقراره، فأشبه البيع[١٤]، وإطلاق الجواب[١٥] فى الكتاب[١٦] ينتظم النفس وما

وهو عالم بالجناية، يصير مختاراً للفداء، وإذا أحدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع، لا يصير مختاراً، وإن كان عالما بالجناية . (ك)

(١) جناية.

(٢) قوله: "وحقه فى أقلهما [إذ لا فائدة فى التخيير بين الأقل والأكثر]" الدليل على أن حقه فى أقلهما أنه ليس له ولاية المطالبة بالأكثر. (ك)

(٣) بالعتق.

(٤) أى على العتق.

(٥) أى الفداء.

(٦) يعنى قبل العلم أو بعده. (ع)

(٧) حقيقةً كما فى البيع والهبة، أو حكماً، كما فى التدبير والاستيلاد.

(٨) قوله: "بخلاف الإقرار إلخ" يعنى إذا جنى العبد جناية، فقال وليها: هو عبدك، فادفعه أو افده، فقال: هو لفلان الغائب وديعة عندى، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، لا يصير مختاراً للفداء؛ لما ذكر فى الكتاب، ولا يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة، فإن أقامها، أخر الأمر إلى قدوم الغائب، وإن لم يقمها خوطب بالدفع، أو الفداء، ولا يصير مختاراً بالدية مع تمكنه من الدفع. (ع)

(٩) مبسوط.

(١٠) قوله: "لجواز أن يكون الأمر، كما قاله المقر" أى لجواز أن يكون العبد عبد المقر له، فيخاطب المقر له بالدفع إلى ولى الجناية. (كفاية)

(١١) قوله: "وألحقه [فى صيرورته مختاراً. ع] الكرخى إلخ" وفى "الإيضاح": وقد أطلق أبو الحسن أنه يصير مختاراً، وهورواية خارجة عن الأصول. (ك)

(١٢) المقر.

(١٣) العبد.

(١٤) فى نقل الملك.

دونها، وكذا المعنى[١] لا يختلف[٢].

وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى[٣]؛ لأنه يزيل الملك[٤]، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه.

وبخلاف العرض على البيع؛ لأن الملك ما زال[٥]، ولو باعه بيعًا فاسدًا لم يصر مختارًا حتى يسلمه؛ لأن الزوال به[٦]، بخلاف الكتابة الفاسدة[٧]؛ لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل، فيصير بنفسها مختارًا.

ولو باعه مولاه من المجنى عليه، فهو[٨] مختار، بخلاف ما إذا وهبه منه؛ لأن المستحق له أخذه[٩] بغير عوض، وهو متحقق فى الهبة دون البيع، وإعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه[١٠]؛ لأن فعل المأمور مضاف إليه[١١].

ولو ضربه فنقصه[١٢]، فهو مختار إذا كان عالمًا بالجناية؛ لأنه حبس جزء

---

(١٥) قوله: "وإطلاق الجواب" يريد به قوله: ضمن الأقل من قيمته، ومن أرشها، وقيل: يريد به قوله: فى أول الباب، وإذا جنى العبد جناية خطأً، فإنه ينتظم النفس وما دونه. (ع)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١) أى الوجه.

(٢) لأن كل واحد مال. (ع)

(٣) قوله: "ينتظم إلخ" يعنى إذا باع مولى العبد الجانى العبد بشرط الخيار للمشترى، كان ذلك اختيارًا منه للفداء، وفى "الإيضاح": أما على قولهما فلأن الملك يثبت للمشترى، وأما على قول أبى حنيفة: فملك البائع يزول، وإن لم يثبت للمشترى، وفوات الدفع يكون بزوال ملك البائع. (ك)

(٤) من البائع.

(٥) أى بخيار البائع، وبالعرض على البيع، فلا يصير المولى مختارًا بهما.

(٦) قوله: "الزوال به" أى زوال الملك فى البيع الفاسد بالتسليم.

(٧) قوله: "بخلاف الكتابة الفاسدة" أى يصير مختارًا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة، بخلاف البيع الفاسد، فإن هناك لا يكون مختارًا للفداء قبل التسليم إلى المشترى، وفى "الإيضاح": أن موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد، وهو تعليق العتق بالأداء، فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض. (ك)

قوله: "الفاسدة" بأن كاتب المسلم عبده الجانى على خمر وخنزير، فإنه يصير مختارًا للفداء. (ع)

(٨) أى المولى مختارًا للفداء.

(٩) عبد.

(١٠) قيل: يعنى فى اختياره الفداء، وقيل: فى العلم بالجناية وعدمه. (ع)

(١١) [illegible]

(١٢) قوله: "ولو ضربه فنقصه" بأن أثر فيه حتى صار مهزولًا، وقلت: قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالمًا بالجناية؛ لأنه حبس جزء منه، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، إلا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصًا، ولا ضمان على المولى؛ لأنه لما رضى به ناقصًا، صار كان النقصان حصل بآفة سماوية. (ع)

منه[١]، وكذا[٢] إذا كانت بكراً، فوطئها، وإن لم يكن مُعلِقًا[٣]؛ لما قلنا[٤].

بخلاف التزويج[٥]؛ لأنه عيب من حيث[٦] الحكم[٧]، وبخلاف وطئ الثيّب[٨] على ظاهر الرواية[٩]؛ لأنه لا ينقص من غير إعلاق.

وبخلاف الاستخدام[١٠]؛ لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط[١١] به خيار الشرط، ولا يصير[١٢] مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر[١٣] من الروايات، وكذا[١٤] بالإذن في التجارة، وإن[١٥] ركبه دين؛ لأن الإذن لا يفوت الدفع، ولا

---

(١) قوله: "لأنه حبس [فهو عيب حقيقة] إلخ" ولو ضرب المولى عينه، فأبيضت وهو عالم به، ثم ذهب البياض قبل أن يخاصم فيه، لا يكون مختاراً للفداء، بل يدفع أو يفدى؛ لأن النقصان لما زال جعل كأن لم يكن، ولو خوصم في حالة البياض، فضمنه القاضي الدية، ثم زال البياض، فالقضاء نافذ لا يرد؛ لأن الخيار قد استحكم بانضمام القضاء إليه. (ك)

(٢) يعني يصير مختاراً للفداء. (ع)

(٣) قوله: "وإن لم يكن مُعلِقًا" وإنما قيد به لاثبات الفرق بين وطئ البكر والثيب؛ لأن بوطئ الثيب لا يكون مختاراً للفداء مالم يكن الوطئ معلقاً في ظاهر الرواية، وروى عن أبي يوسف أن مطلق الوطئ يكون اختياراً؛ لأن الحل يختص بالملك، فيكون دليلا على إمساك العين. (ك)

(٤) إشارة إلى قوله: لأنه حبس جزء منه. (ك)

(٥) قوله: "بخلاف التزويج" أي لا يصير به مختاراً للفداء؛ لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع، وعلل المصنف بقوله؛ لأنه عيب من حيث الحكم، وذلك لا يثبت به اختيار الفداء، كما لو أقر عليها بالسرقة عالماً بالجناية، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكمًا، لم يثبت به اختيار الفداء. (ع)

(٦) لا حقيقةً.

(٧) الشرعي.

(٨) فإنه لا يصير المولى مختاراً للفداء ما لم يكن معلقًا.

(٩) قوله: "على ظاهر الرواية" فإن قيل: ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار، فإن الوطئ هناك فسخ للبيع، وإن لم يكن معلقًا، وههنا لا يكون اختياراً، إلا إذا كان معلقًا. أجيب: بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع، وقع الوطئ حراما؛ لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك، ملكها المشترى من حين العقد، ولهذا يستحق زوائدها، فتبين أن الوطئ حصل في غير ملكه، فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخاً، وههنا إذا دفعها بالجناية لا يملكها ولي الجناية إلا من وقت الدفع، ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها، فلا يتبين أن الوطئ كان في غير ملكه. (عناية)

(١٠) قوله: "وبخلاف الاستخدام إلخ" يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية، لا يكون مختاراً للفداء، حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، فلم يدل على الاختيار. (عناية)

(١١) أي إذا اشترى عبداً بالخيار واستخدمه.

(١٢) المولى.

(١٣) قوله: "في الأظهر" هذا احتراز عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختاراً للفداء بالرهن والإجارة، لأنه أثبت عليهما يداً مستحقة، فصار كالبيع، ووجه ظاهر الرواية أن الإجارة ينقض بالعذر، فيكون حق ولي الجناية فيها عذرا في نقض الإجارة، والراهن يتمكن من قضاء الدين، واسترداد الرهن متى شاء، فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين، فلا يجعل ذلك اختياراً. (ك)

ينقص الرقبة، إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى[١]، فيلزم المولي قيمتُه.

قال[٢]: ومن قال لعبده: إن قتلت فلانًا، أو رميته، أو شججته، فأنت حر، فهو مختار للفداء[٣] إن فعل[٤] ذلك.

وقال زفر: لا يصير مختاراً للفداء[٥]؛ لأن وقت تكلمه لا جناية، ولا علم له بوجوده، وبعدالجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً.

ألا ترى أنه لو علق الطلاق، أو العتاق بالشرط، ثم حلف أن لا يطلق، أو لا يعتق، ثم وجد الشرط، وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك[٦]، كذا هذا.

ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية، والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية.

ألا يرى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فو الله لا أقربك، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إذا قال لها: إذا مرضت، فأنت طالق ثلاثًا، فمرض حتى طلقت، ومات من ذلك المرض، يصير فاراً؛ لأنه يصير مطلقًا بعد وجود المرض.

بخلاف ما أورد؛ لأن غرضه[٧] طلاق، أو عتق يمكنه الامتناع عنه؛ إذ اليمين للمنع، فلا يدخل تحته[٨] ما لا يمكنه الامتناع عنه[٩]، ولأنه حرضه[١٠] على مباشرة

(١٤) يعني لا يكون به مختاراً للفداء. (ع)

(١٥) الواو وصلية.

(١) قوله: "لأن الدين لحقه من جهة المولى" ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان للعبد؛ لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع العبد إليه، فيتبعونه بديونهم؛ لكن ذلك بسبب من جهة المولى، وهو الإذن، فكان له أن يمتنع من قبوله ناقصًا. (ك)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) قوله: "فهو مختار إلخ" وفي "المبسوط": فإن كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص، فلا شيء على المولى؛ لأن الواجب هو القصاص على العبد، وذلك لا يختلف بالرق والحرية، فلا يصير المولى بالعتق مفوتًا حق ولي الجناية، فلذلك لا يلزمه شيء. (ك)

(٤) العبد. (ك)

(٥) وعليه قيمة العبد. (ك)

(٦) لعدم وجود فعل يخالف يمينه.

(٧) أي غرض الحالف.

الشرط بتعليق أقوى الدواعى إليه[١]، والظاهر أنه يفعله[٢]، فهذا دلالة الاختيار[٣].

قال[٤]: وإذا قطع العبد يد رجل عمدا، فدفع إليه بقضاء، أو بغير قضاء، فأعتقه، ثم مات من قطع اليد، فالعبد صلح[٥] بالجناية[٦]، وإن لم يعتقه، رد[٧] على المولى، وقيل للأولياء: اقتلوه، أو اعفوا عنه.

ووجه ذلك[٨] وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى[٩]، تبين أن الصلح وقع باطلا[١٠]؛ لأن الصلح كان عن المال؛ لأن أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر.

فإذا سرى[١١] تبين أن المال غير واجب، وإنما الواجب هو القود، فكان الصلح واقعًا بغير بدل[١٢]، فبطل، والباطل لا يورث الشبهة[١٣]، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه[١٤]، فوجب القصاص.

---

(٨) أى تحت الحلف.

(٩) وهو المعلق قبل الحلف.

(١٠) قوله: "ولأنه حرضه إلخ" معناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط، وهو القتل والرمى والشج بتعليق إلخ. (ع)

(١) وهو الحرية. (ع)

(٢) رغبة منه فى الحرية. (ع)

(٣) أى اختيار الفداء.

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) أى بدل الصلح.

(٦) وما يحدث منها.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "ووجه ذلك إلخ" يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق. (ع)

(٩) القطع.

(١٠) قوله: "تبين أن الصلح" أى الدفع، وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ من أن الموجب الأصلى هو الفداء، فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية. (ع)

(١١) القطع.

(١٢) قوله: "فكان الصلح واقعًا بغير بدل" يعنى المصالح عنه؛ لأن الذى كان الصلح وقع عنه، وهو المال قد زال والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل. (ع)

(١٣) حتى يسقط القود.

(١٤) قوله: "كما إذا وطئ إلخ" أى كما إذا طلق امرأته ثلاثًا، ثم وطئها فى العدة مع العلم بحرمتها عليه، فإنه لا يصير شبهة لدرأ الحد. (ع)

بخلاف ما إذا أعتقه ؛ لأن أقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ؛ لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ، ولا صحة له ، إلا وأن يجعل صلحًا عن الجناية [١] ، وما يحدث منها .

ولهذا لو نص [٢] عليه [٣] رضى المولى به يصح ، وقد رضى [٤] المولى به ؛ لأنه لما رضى بكون العبد عوضًا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضًا عن الكثير ، فإذا أعتق يصح الصلح [٥] فى ضمن الإعتاق ابتداء [٦] ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء [٧] ، والصلح الأول وقع باطلا ، فيرد العبد إلى المولى ، والأولياء على خيرتهم فى العفو والقتل .

وذكر فى بعض النسخ [٨] : رجل قطع يد رجل عمدًا ، فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ، ودفعه [٩] إليه ، فأعتقه المقطوعة يده ، ثم مات من ذلك .

قال [١٠] : العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية [١١] ، وهذا الوضع يرد إشكالا [١٢] فيما إذا عفا عن اليد ، ثم سرى إلى النفس ومات ، حيث لا يجب القصاص هنالك [١٣] ، وههنا قال : يجب [١٤] .

---

(١) قوله: "إلا وأن يجعل صلحًا إلخ" فيجعل مصالحًا عن ذلك مقتضى للإقدام على الإعتاق، ويجعل المولى أيضًا كذلك دلالة، وشرط صحة الاقتضاء وهو إمكان المقتضى موجود، ولهذا لو نص إلخ. (ع)

(٢) حين دفع العبد.

(٣) أى على كون الصلح صلحًا عن الجناية وما يحدث منها.

(٤) أى ههنا.

(٥) لوجود الدلالة.

(٦) جديدًا.

(٧) لأنه لم يوجد دلالة.

(٨) قوله: "وذكر فى بعض النسخ" قال فخر الإسلام: وذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب، أى كتاب "الجامع الصغير" هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر فى "الهداية"، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة، وعن الثانية بغير المعروفة. (عناية)

(٩) العبد.

(١٠) محمد.

(١١) قوله: " إلى آخر ما ذكرنا" يعنى وإن لم يعتقه رد على المولى ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. (ع)

(١٢) قوله: "وهذا الوضع" أى الوضع الثانى، وإنما خص هذا النوع بوروده إشكالا؛ لأن دفع العبد فى هذا الموضع بطريق الصلح، والصلح متضمن للعفو؛ لأنه ينبئ عن الحطيطة، فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول؛ لأن الدفع ثمه ليس بطريق الصلح؛ لأنه ليس فيه حط شيء، بل العبد موجب جنايته بتمامه، وإذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو، فلا يرد إشكالا على مسألة العفو. (ك)

قيل: ما ذكر ههنا جواب القياس[١]، فيكون الوضعان[٢] جميعًا على القياس والاستحسان، وقيل: بينهما فرق.

ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرًا؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر؛ فيصح[٣] العفو ظاهرًا، فبعد ذلك وإن بطل[٤] حكمًا، يبقى موجودًا حقيقة، فكفى ذلك[٥] لمنع وجوب القصاص، أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية[٦]، بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا[٧] إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه[٨] من قبل.

قال[٩]: وإذا جني العبد المأذون له جناية[١٠]، وعليه ألف درهم، فأعتقه المولي، ولم يعلم بالجناية[١١]، فعليه قيمتان[١٢]، قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية؛ لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع

---

(١٣) أي في مسألة العفو عن اليد.

(١٤) قوله: "وههنا [أي مسألة الصلح] قال [محمد]: يجب"، فإنه قال: وقيل للأولياء: اقتلوه. (ك)

(١) قوله: "قيل: ما ذكر إلخ" يعني اختلف المشايخ في الجواب عن ذلك، قال بعضهم: ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس، فيكون الوضعان جميعًا على القياس والاستحسان، يعني وجب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي الاستحسان يجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص، فكان الوضع في هذه [illegible] على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق. (عناية)

(٢) أي العفو والصلح.

(٣) ويبطل الجناية.

(٤) أي العفو بالسراية.

(٥) عفو.

(٦) قوله: "لا يبطل الجناية" لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى؛ لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجناية يتوفر عليها عقوبتها، وهو القصاص. (زيلعي)

(٧) أي عدم امتناع العقوبة.

(٨) قوله: "ما ذكرناه" وهو قوله: لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصد تصحيح الصلح إلخ. (ك)

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "وإذا جني إلخ" أي الأصل أنه إذا جني، وعليه دين خير المولي بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء، وإذا اختار الدفع إلى ولي الجناية ثم بيع في الدين، فإن فضل شيء فهو لولي الجناية، لأنه بدل ملكه، وإلا فلا شيء له، وإنما بدأ بالدفع جمعًا بين الحقين؛ لأنه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية؛ لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية. (زيلعي)

(١١) قوله: "ولم يعلم بالجناية" قيد به ليبني عليه قوله فعليه قيمتان؛ لأنه لو أعتقه وهو أعلم بجنايته كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأولياء الجناية، وقيمة العبد لصاحب الدين. (ك)

(١٢) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش. (ع)

للأولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع.

ويمكن الجمع بين الحقين[١] إيفاء من الرقبة الواحدة، بأن يدفع إلى ولى الجناية، ثم يباع للغرماء[٢]، فيضمنهما بالإتلاف[٣].

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبى، حيث تجب[٤] قيمة واحدة للمولى، ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبى إنما يضمن للمولى بحكم الملك، فلا يظهر فى مقابلته الحق[٥]؛ لأنه[٦] دونه، وههنا يجب لكل واحد منهما[٧] بإتلاف الحق فلا ترجيح، فيظهران[٨] فيضمنهما.

قال[٩]: وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها، ثم ولدت، فإنه يباع الولد معها فى الدين[١٠]، وإن جنت[١١] جناية لم يدفع الولد معها.

---

(١) قوله: "يمكن إلخ" جواب عما يقال: لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع، لجواز أن يكونا متنافيين، فلا يجتمعان. (م)

(٢) قوله: "بأن يدفع إلى ولى الجناية، ثم يباع للغرماء" وفائدة الدفع أن يثبت له حق الاستخلاص بالفداء، فإن للناس أغراضاً فى الأعيان، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية؛ لأن موجب الجناية صيرورته حراً، فإذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا، ثم إذ بيع، وفضل من ثمنه شيء، صرف إلى أولياء الجناية؛ لأنه بيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية، كما لو بيع على ملك المولى. (ك)

(٣) لأن الإتلاف وارد عليهما.

(٤) على الأجنبى.

(٥) قوله: "فلا يظهر فى مقابلة [الملك] الحق" أى حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك؛ لأنه دون الملك، فصار كأنه ليس فيه حق، ثم الغريم أحق بتلك القيمة؛ لأن القيمة مالية العبد، والغريم مقدم على المولى فيها؛ لأن الواجب أن يدفع إليه، ثم يباع له، فكان مقدماً معنى، والقيمة هى المعنى، فيسلم إليه، وفى الفصل الأول التعارض بين الحقين، والحقان مستويان، فيظهران فيضمنهما. (ك)

(٦) أى لأن الحق دون الملك، فيكون الحق مع الملك مرجوحاً. (م)

(٧) أى من ولى الجناية والغرماء.

(٨) الحقان.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) قوله: فإنه يباع الولد معها" هذا إذا ولدت بعد الاستدانة، أما إذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها، وأما الأموال التى حصلت لها بطريق الهبة، أو الصدقة، أو التجارة، فهى أحق بها من مولاها فى أداء دينها بها، ويستوى فى ذلك إن كانت اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده؛ لأن يدها فى الكسب يد معتبرة، حتى لو نازعها فيه إنسان كانت خصماً له، فباعتبار بقاء يدها يبقى حاجتها فيه مقدماً، بخلاف ما إذا أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين، وهذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين؛ لأن ولدها ليس من كسبها؛ لكنه جزء متولد من عينها، فكما أن نفسها لا يكون من كسبها، فكذلك ولدها إلا أن نفسها يباع فى الدين لالتزام المولى ذلك بالإذن لها فى التجارة، وذلك لا يوجد فى حق الولد، ولو تعلق به حق الغرماء، إنما يكون بطريق السراية، ولا سراية بعد الانفصال؛ لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة. (كفاية)

والفرقُ أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء[١]، فيسرى إلى الولد كولد المرهونة[٢]، بخلاف الجناية؛ لأن وجوب الدفع[٣] في ذمة المولى لا في ذمتها[٤]، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي[٥]، وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقة[٦].

قال[٧]: وإذا كان العبد لرجل زعم[٨] رجل آخر أن مولاه أعتقه، فقتل العبد وليًّا لذلك الرجل[٩] خطأ، فلا شيء له؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه، فقد ادعى الدية على العاقلة، وأبرأ العبد والمولى[١٠]، إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة.

قال[١١]: وإذا أعتق العبد[١٢]، فقال لرجل: قتلت أخاك خطأ، وأنا عبد، وقال الآخر[١٣]: قتلته وأنت حر، فالقول قول العبد[١٤]؛ لأنه[١٥] منكر للضمان لما أنه أسنده[١٦] إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه، والوجوب

---

(١١) ثم ولدت.

(١) قوله: "متعلق برقبتها" حتى صار المولى ممنوعًا من التصرف في رقبتها ببيع، أو هبة، أو غيرهما. (عناية)

(٢) فإن رهن الأم المرهونة يسرى إلى ولدها الذى تولد بعد الرهن.

(٣) بالجناية.

(٤) قوله: "لا في ذمتها" حتى لا يصير المولى ممنوعًا من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما. (ف)

(٥) الحسى.

(٦) قوله: "دون الأوصاف الحقيقية" بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره، وأما الوصف الشرعي فهو اعتباري يتحول بتحوله. (عناية)

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) قال.

(٩) الزاعم.

(١٠) قوله: "وأبرأ العبد" أي من كل الدية لا من قسطه في الدية والمولى؛ لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقا حتى يصير المولى به مختاراً للفداء، مستهلكًا حق المجنى عليه بالإعتاق. (ك)

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) أي العبد المعروف بالرق.

(١٣) أي ذلك الرجل.

(١٤) قوله: "فالقول قول العبد" فإن قلت: إن العبد قد ادعى تاريخًا سابقًا في إقراره، والمقر له منكر لذلك التاريخ، فينبغي أن يكون القول قوله.

أجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل إقراره، وههنا هو منكر الأصل، فصار كمن يقول العبد: أعتقتك قبل أن تخلق، أو أخلق. (ف)

(١٥) عبد.

فى جناية العبد على المولى دفعًا، أو فداءً.

وصار كما إذا قال البالغ[١] العاقل: طلقت امرأتى وأنا صبى، أو بعت دارى وأنا صبى، أو قال: طلقت امرأتى وأنا مجنون، أو بعدت دارى وأنا مجنون، وقد[٢] كان جنونه معروفًا، كان القول قوله[٣]؛ لما ذكرنا[٤].

قال[٥]: ومن أعتق جارية[٦]، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتى، وقالت: قطعتها وأنا حرة، فالقول قولها، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلّة[٧] استحسانًا، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى.

وقال محمد: لا يضمن[٨] شيئًا قائمًا بعينه[٩]، يؤمر برده عليها؛ لأنه[١٠] منكر وجوب الضمان؛ لإسناده الفعل إلى حالة معهودة[١١] منافية له[١٢]، كما فى المسألة الأولى[١٣]، وكما فى الوطئ والغلة.

وفى الشيء القائم أقر[١٤] بيدها حيث اعترف بالأخذ منها، ثم ادعى التملك عليها، وهى منكرة، والقول قول المنكر، فلهذا يؤمر[١٥] بالرد إليها.

---

(١٦) أى القتل.

(١) فإن الصّبا حالة معهودة فى كل أحد. (ك)

(٢) الواو للحال.

(٣) يعنى مع يمينه.

(٤) أراد به قوله: لأنه منكر للضمان. (ك)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) قوله: "ومن أعتق إلخ" هذه المسألة أيضًا بناءها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان. (ك)

(٧) قوله: "إلا الجماع والغلة" بأن قال: جامعتكِ وأنت أمتى، أو أخذت منك غلة وأنت أمتى، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق، فإن القول قول المولى. (ك)

قوله: "والغلة [الغلة: كل ما يحصل من ريع أرض، أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. مغرب]" غلة -بالفتح- در آمد هر چيزى از حبوب ونقود وجز آن وآمد كرايه مكان ومزد غلام. (من)

(٨) المولى.

(٩) قوله: "الأشياء إلخ" يعنى لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه، والمأخوذ قائم بيده، واختلفا فيه على هذا الوجه، فإن الرد مجمع عليه، بنى هذه المسألة محمد رحمه الله على الأصل المذكور، وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه، بأنه أقر بيدها إلخ. (ع)

(١٠) المولى.

(١١) أى الرق.

(١٢) ضمان.

(١٣) مرت آنفًا.

(١٤) المولى.

ولهما أنه أقر[1] بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه[2]، فلا يكون القول قوله، كما إذا قال لغيره[3]: فقأت عينك اليمنى[4]، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت[5]، وقال المقر له: لا، بل فقأتها، وعينك اليمنى مفقوءة، فإن القول قول المقر له[6]. وهذا لأنه ما أسنده[7] إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يدها لو قطعها، وهي مديونة، وكذا يضمن[8] مال الحربي إذا أخذه[9]، وهو مستأمن.

بخلاف الوطئ والغلة[10]؛ لأن وطئ المولى أمته المديونة لا يوجب العقر[11]، وكذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الإسناد

---

(١٥) المولى.

(١) المولى.

(٢) من الضمان.

(٣) قوله: "كما إذا قال إلخ" أي قال لغيره فقأت عينك اليمنى، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً، فقال المقر له: بل فقأتها، وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه، وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إذا كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله العدول إلى المال، فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق. (عناية)

(٤) قوله: "فقأت" ليس المراد من الفقأ القلع؛ لأنه لا قصاص في القلع، ولكن المراد منه اذهاب الضوء مع بقاد العين، وفيه القصاص. (ك)

(٥) قوله: "ثم فُقِئت" أي ذهبت عيني اليمنى وسقط القود. (كافي)

(٦) قوله: "فإن القول قول المقر له" أي واجب مى شود بر كور كننده چشم ارش چشم مقر له زيرانكه مقر اقرار كرده است بسبب ضمان كه كور كردن چشم راست. (ترجمه)

(٧) فإن محض الرق ليس حالة متنافية للضمان.

(٨) قوله: "وكذا يضمن" لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن مال الحربي إذا كان مستأمنًا. (حميدية)

(٩) قوله: "إذا أخذه إلخ" صورته مسلم دخل دار الحرب بأمان، وأخذ مال حربي، ثم أسلم الحربي، ثم خرج إلينا، فقال المسلم: أخذت منك مالا وأنت حربي، فقال: بل أخذت مني، وأنا مسلم. (عناية)

(١٠) قوله: "بخلاف الوطئ والغلة" والحاصل أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: في وجه يكون القول قول المولى، وهو ما إذا أخذ الغلة، أو وطئها، وفي وجه يكون القول قول الجارية، وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا، وهو قائم في يده، وفي وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين، أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان، يوجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه، لا يسمع منه إلا بحجة، فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول.
والوجه الثاني مخرج على الأصل الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث أخرجه محمد على الأول، وهما على الثاني. (ع)

(١١) قوله: "لا يوجب العقر [وهو صداق المرأة إذا وطئت بشبهة. مغرب]" لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها؛ لأنها ليست بمال، وكذا خذ الغلة، فإن المولى إذا ضرب على عبده غلة، وهو مديون يصح، ولو أخذ لا يكون مضمونًا على المولى، فكان منكراً لا مقراً، كذا ذكره الإمام الكسائي. (ك)

إلى حالة معهودة منافية للضمان.

قال[١]: وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيًا حرًا بقتل رجل[٢]، فقتله، فعلى عاقلة الصبي الدية؛ لأنه هو القاتل حقيقة، وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل[٣]، ولا شيء على الآمر، وكذا إذا كان الآمر صبيًا؛ لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما؛ لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع، وما اعتبر قولهما، ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدًا، ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق؛ لأن عدم الاعتبار لحق المولى، وقد زال لا لنقصان أهلية العبد، بخلاف الصبى؛ لأنه قاصر الأهلية.

قال[٤]: وكذلك إن أمر عبدًا، معناه أن يكون الآمر عبدًا، والمأمور عبدًا محجورًا عليهما، يُخاطب مولى القاتل بالدفع، أو الفداء[٥]؛ ولا رجوع له على الأول فى الحال، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد؛ لأنه غير مضطر[٦] فى دفع الزيادة.

وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمدًا، والعبد[٧] القاتل صغيرًا؛ لأن عمده[٨] خطأ أما إذا كان[٩] كبيرًا يجب القصاص؛ لجريانه بين الحر والعبد.

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "وإذا أمر العبد إلخ" قيد بالعبد؛ لأنه لو كان الآمر حرًا بالغًا يرجع عاقلة الصبى على عاقلة الآمر، وقيد بالمحجور عليه؛ لأنه لو كان مكاتبًا بالغًا يرجع عاقلة الصبى عليه بأقل من قيمته، ومن الدية، بخلاف ما إذا كان الآمر عبدًا مأذونًا، حيث لا يرجعون عليه إلا بعد العتق، وقوله: صبيًا حرًا، قيد بالحر لأنه لو كان عبدًا لا يجب الدية، بل يدفع أو يفدى. (كفاية)

(٣) إشارة إلى ما ذكر قبيل فصل الجنين.

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) قوله: "يخاطب إلخ" هذا الحكم لا يقتضى أن يكون الآمر والمأمور كلاهما محجورًا عليهما لا محالة، بل يكتفى بأن يكون الآمر محجورًا عليه؛ لأنه إذا أمر العبد المحجور العبد المأذون، وباقى المسألة بحالها، فالحكم كذلك، أما لو كان الآمر عبدًا مأذونًا، والمأمور عبدًا محجورًا أو مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع والفداء على رقبة العبد الآمر فى الحال بقيمة عبده؛ لأن الآمر بأمره صار غاصبًا للمأمور، فصار كإقراره بالغصب، والعبد المأذون لو أقر بالغصب يؤاخذ به فى حال رقه، بخلاف المحجور على ما ذكرنا. (كفاية)

(٦) قوله: "لأنه غير مضطرّ إلخ" فإن القيمة إذا كانت أقل من الفداء فالمولى غير مضطر إلى إعطاء الزيادة على القيمة، بل يدفع العبد. (شرح وقاية)

قوله: "غير مضطرّ" أى لا ضرورة له فى إعطاء الزيادة؛ لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء وقيمة العبد. (عناية للشيخ أكمل الدين رحمه الله تعالى)

(٧) الواو حالية.

(٨) صغير.

قال[١]: وإذا قتل العبد رجلين عمدًا، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليي كل واحد منهما، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين، أو يفديه بعشرة آلاف درهم؛ لأنه لما عفا أحد وليّي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا، فصار كما لو وجب المال من الابتداء، وهذا لأن حقّهم[٢] في الرقبة، أو في عشرين ألفًا، وقد سقط نصيب العافين، وهو النصف وبقي النصف.

فإن كان قتل[٣] أحدَهما عمدًا، والآخر خطأ، فعفا أحد وليي العمد، فإن فداه المولى، فداه بخمسة عشر ألفًا خمسة آلاف للذى لم يعفُ من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ؛ لأنه لما انقلب[٤] العمد مالا، كان حق وليّي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف، وحق أحد وليّي العمد[٥] في نصفها خمسة آلاف، ولا تضايق في الفداء، فتجب خمسة عشر ألفًا.

وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثًا ثلثاه لوليّي الخطأ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة.

وقالا: يدفعه أرباعًا ثلاثة أرباعه لولي الخطأ، وربعه لولي العمد، فالقسمة عندهما بطريق المنازعة[٦]، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعةٍ، واستوت منازعةُ

(٩) العبد القاتل.

(١) أى محمد. (عيني)

(٢) أولياء.

(٣) العبد.

(٤) بعفو الولي.

(٥) أى إلى وليي الخطأ، وولي العمد.

(٦) قوله: "في القسمة عندهما إلخ" أصل هذا ما اتفقوا عليه، أن قسمة العين، إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها، كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لعدم التضايق في الذمة، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال، فيضرب بجميع حقه، أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء، لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي، وهي أن فضوليا لو باع عبد إنسان كله، وفضوليا آخر باع نصفه، وأجاز المولى البيعين، كان العبدين المشترين أرباعًا، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد: في هذه المسألة ثلاثة أرباع: العبد المدفوع لولي الخطأ، وربعه للساكت من ولي العمد؛ لأن حق ولي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه، وفرغ النصف، فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، وبقي النصف الآخر، واستوت منازعة ولي الخطأ، والساكت من ولي العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعًا، كما في مسألة الفضوليين، ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد، بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة بينهما في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف، وحق شريك العافي في خمسة، ويضرب كل واحد منهما بحصته، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم، ألفان لرجل وألف لآخر، مات وترك ألف درهم، كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثًا بطريق العول والمضاربة،

الفريقين[١] في النصف الآخر فيتنصف[٢]، فلهذا يقسم أرباعًا، وعنده يقسم بطريق العول[٣]، والمضاربة أثلاثًا؛ لأن الحق تعلق بالرقبة، أصله التركة المستغرقة بالديون، فيضرب[٤] هذا بالكل، وذلك بالنصف، ولهذه المسألة نظائر وأضداد، ذكرناها في "الزيادات"[٥].

قال[٦]: وإذا كان عبد بين رجلين، فقتل مولًى لهما أي قريبًا لهما[٧]، فعفا أحدهما بطل الجميع[٨] عند أبي حنيفة[٩]. وقالا[١٠]: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر، أو يفديه بربع الدية، وذكر في بعض النسخ قتل وليًا لهما، والمراد[١١] القريب أيضًا.

وذكر في بعض النسخ[١٢] قول محمد مع أبي حنيفة[١٣]، وذكر في "الزيادات" عبد قتل مولاه، وله ابنان، فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد،

ثلثاها لصاحب الألفين، وثلثها لصاحب الألف، كذا هذا بخلاف بيع الفضولي؛ لأن الملك يثبت للمشترى ابتداء. (ع)

(١) أي وليي الخطأ، وأحد وليي العمد.

(٢) النصف الآخر.

(٣) قوله: "العول" أصل العول هو زيادة سهام الورثة إذا كثرت الفروض على مخرج سهام المفروضة الذي يقال له أصل المسألة.

(٤) قوله: "فيضرب" قال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث؛ (مغرب)

(٥) قوله: "في الزيادات" لصاحب "المحيط" والقاضي خان أيضًا ولأبي القاسم أحمد بن محمد بن عمر العتابي ولأبي عبد الله محمد بن عيسى الضرير وللتاج ولصاحب "الهداية"، ونقل الأكمل في "العناية" منها في باب الاستثناء. (كشف الظنون)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) كأبيهما وأخيهما. (زيلعي)

(٨) أي بطل حق الآخر في النفس والمال جميعًا. (ع)

(٩) قوله: "عند أبي حنيفة إلخ" له أن القصاص وجب حقا لهما، أي لكل واحد منهما في النصف من غير تعيين، فاحتمل أنه وجب لكل منهما في كل العبد أو في النصف مترددا بين نصفه ونصف صاحبه، أو فيهما شائعًا، وكل ذلك لا يمنع وجوب القود؛ لأن أجزاء العبد في حق القود ليس بعضها أولى من بعض، والعافي لما عفا سقط نصيبه، وانقلب نصيب الآخر مالا، وذلك النصيب هو النصف، فاحتمل وجوب هذا المال كله من كل وجه، بأن يعتبر متعلقًا بنصيب صاحبه، واحتمل السقوط من كل وجه، بأن يعتبر معلقًا بنصيب نفسه، واحتمل وجوب النصف، بأن يعتبر متعلقًا بهما شائعًا، فوقع الشك، والمال لا يجب بالشك. (مل)

(١٠) قوله: "وقالا: يدفع إلخ" يعني أن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه، صار نصفه في ملكه، ونصفه في ملك صاحبه، فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع، وما أصاب ملك نفسه سقط. (كفاية)

(١١) بالولي.

(١٢) أي نسخ "الجامع الصغير".

(١٣) والأشهر أنه مع أبي يوسف. (ع)

وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف، أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع[١].

لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، فإذا عفا أحدهما، انقلب نصيب الآخر، وهو النصف مالا، غير أنه شائع في الكل[٢]، فيكون نصفه في نصيبه[٣]، والنصف في نصيب[٤] صاحبه[٥]، فما يكون في نصيبه، سقط ضرورة، أن المولى لا يستوجب على عبده مالا[٦]، وما[٧] كان في نصيب صاحبه[٨] بقي، ونصف النصف هو الربع، فلهذا يقال[٩]: ادفع[١٠] نصف نصيبك، أو افتده بربع الدية. ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول؛ لأنه بدلُ دمه[١١]، ولهذا تقضى منه ديونه[١٢]، وتنفذ به وصاياه[١٣]، ثم الورثة يخلفونه[١٤] فيه عند الفراغ من حاجته، المولى لا يستوجب على عبده دينًا، فلا تخلفه الورثة فيه.

فصل[١٥]

ومن قتل عبدًا خطأً، فعليه قيمته، لا تزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت

---

(١) قوله: "ثبت في العبد إلخ" يعني أن حق واحد من المولين في نصف القصاص شائعًا؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له؛ لأن العبد في حق الدم بقي على أصل الحرية، والمولى من دمه كأجنبي، فيستحق دمه بالقصاص، فإذا وجب، وجب لكل منهما نصف القود شائعًا، نصفه في ملكه، ونصفه في ملك صاحبه، فإذا انقلب نصيب أحدهما مالا بعفوالآخر، انقلب شائعًا، فما صادف ملكه سقط. وبقي ما صادف ملك صاحبه، وهوالربع. (ملخصات الحواشي)

(٢) لعدم الانقسام.

(٣) آخر.

(٤) آخر.

(٥) العافي.

(٦) ودينًا.

(٧) وهو نصف النصف.

(٨) العافي.

(٩) للعافي.

(١٠) إلى الآخر.

(١١) مقتول.

(١٢) مقتول.

(١٣) مقتول.

(١٤) مقتول.

(١٥) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد، شرع في بيان أحكام الجناية على العبد، فقدم الأول ترجيحًا لجانب الفاعلية. (ع)

قيمته عشرة آلاف درهم، أو أكثر، قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة*، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة[٢]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى[٣]: تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبدًا قيمته عشرون ألفًا، فهلك في يده، تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع.

لهما أن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى[٤]، وهو[٥] لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد[٦]، وبقاءه[٧] ببقاء المالية أصلا[٨]، أو بدلا[٩]، وصار كقليل القيمة[١٠] وكالغصب[١١].

ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى: ﴿ودية مسلّمة إلى أهله﴾ أوجبها[١٢] مطلقًا[١٣]، وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٢) قوله: "خمسة آلاف إلا عشرة" هذا أظهر الروايتين، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة. (ك)

(٣) قوله: "وقال أبو يوسف والشافعي: إلخ" هذا القول من أبي يوسف قوله الآخر، وكان يقول أولا: مثل قولهما، وهذا الاختلاف بناء على أن الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال، أم ضمان النفس.

فأبو يوسف والشافعي رجحا جانب المالية؛ لأن ضمان المال بالمال أصل، وضمان ما ليس بمال بالمال، بخلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه، بخلاف القياس. (ك)

(٤) قوله: "ولهذا يجب [الضمان] للمولى إلخ" يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد؛ إذ هو في حق الدية مبقى على أصل الحرية، ولهذا لا ينفذ إقرار المولى بالقصاص على عبده، فإن قيل: وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية، ألا ترى أن القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدا، وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق، قلنا: استيفاء القصاص مبني على الولاية، قال عليه السلام: «السلطان ولي من لا ولي له»، والمولى ولي العبد، فيجب القصاص له، فأما استحقاق المال لا يبتنى على الولاية، بل على الإرث إذا وجد سببه، ولا يجرى الإرث بين المولى وعبده، فعلم أنه إنما يستحقه ليجبر فوات ملكه، كما في سائر الأموال، وكما في الغصب. (ك)

(٥) مولى.

(٦) قوله: "يبقى العقد" أي لو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقي العقد باعتباره؛ لأن البيع يتناول المالية. (ك)

(٧) عقد.

(٨) إن بقي العين.

(٩) إن هلكت العين.

(١٠) أي كالعبد الذي قتل، وقيمته أقل من عشرة آلاف درهم تجب قيمته أية كانت، فكذا هذا.

(١١) فإنه يجب قيمة المغصوب بالغة ما بلغت.

(١٢) في الخطأ.

(١٣) من غير تفصيل بين الحر والعبد.

مكلفًا[١]، وفيه معنى المالية[٢]، والادمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بأهدار الأدنى[٣] عند تعذر الجمع بينهما[٤].

وضمان الغصب[٥] بمقابلة المالية؛ إذ الغصب لا يرد إلا على المال[٦]، وبقاء العقد يتبع الفائدة[٧]، حتى يبقى[٨] بعد قتله[٩] عمدًا، وإن[١٠] لم يكن القصاص بدلا عن المالية، فكذلك أمر الدية، وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية[١١]، إلا أنه لا سمع فيه، فقدرناه بقيمته رأيًا.

بخلاف كثير القيمة؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم، ونقصنا منها فى العبد إظهارًا لانحطاط رتبته، وتعين العشرة بأثر[١٢] عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما.

قال[١٣]: وفى يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف[١٤] إلا خمسة؛

---

(١) بلا خلاف. (ع)

(٢) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف. (ع)

(٣) هى المالية. (زيلعى)

(٤) قوله: "عند تعذر الجمع بينهما" ودليل التعذر أنه لا يضمن الدية مع كمال القيمة فى الخطأ، ولا يستوفى القصاص مع كمال القيمة فى العمد. (كفاية)

(٥) جواب عن قولهما: وكالغصب. (ع)

(٦) قوله: "لا يرد إلا على المال" وليس القتل بمنزلة استهلاك سائر الأموال؛ لأن ضمان الأموال يشبه ضمان التجارة، ألا ترى أن العبد المأذون لو أقر بقتل دابة إنسان جاز إقراره، وبقتل عبده لم يجز إقراره، وكذا تجب الكفارة بقتل العبد دون قتل الدابة على أن ضمان قتل العبد ضمان الجناية، فيكون سبيله سبيل الجنايات دون سبيل ضمان الأموال. (ك)

(٧) قوله: "وبقاء العقد إلخ" هذا جواب عما قالا: إن العقد باق بعد ما قتل المبيع فى يد البائع، وبقاءه بقاء المالية أصلا، أو بدلا، فأجاب أن بقاء العقد فى تلك الصورة لاشتمال البقاء على الفائدة، لا بكون القيمة بدلا عن المالية بدليل أن القتل لو كان عمدًا يبقى العقد أيضًا لاشتمال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ البيع، واستيفاء القصاص، فكما أن القصاص ليس ببدل المالية إجماعًا، فكذا أمر الدية. (ك)

(٨) العقد.

(٩) عبد.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "وفى قليل القيمة إلخ" جواب عن قولهما: وصار كقليل القيمة. (ع)

(١٢) قوله: "بأثر عبد الله بن عباس" وفى عامة الكتب بأثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم، وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم، رواه القدورى فى "شرح مختصر الكرخى"، وبه قال النخعى والشعبى.

ورواه عبد الرزاق وابن أبى شيبة، كذا قال على القارى: وهذا كالمروى عن رسول الله ﷺ؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس، وإنما طريق معرفتها بالسماع من صاحب الوحي. (مل)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

لأن اليد من الآدمي نصفه، فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته[١]، وكل ما يقدر من دية الحر، فهو مقدّر من قيمة العبد[٢]؛ لأن القيمة في العبد كالدية في الحر، إذ هو[٣] بدل الدم على ما قررنا[٤]، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفًا، فماتت في يده، فعليه تمام قيمتها؛ لما بينا، أن ضمان الغصب ضمان المالية.

قال[٥]: ومن قطع يد عبد، فأعتقه المولى، ثم مات[٦] من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى، فلا قصاص فيه، وإلا اقتص منه، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف.

وقال محمد: لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرش اليد، وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه، ويبطل الفضل.

وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول[٧] لاشتباه من له الحق[٨]؛ لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى[٩]، وعلى اعتبار الحالة الثانية[١٠] يكون[١١] للورثة[١٢]، فتحقق

---

(١٤) قوله: "لا يزاد [على هذا المقدار. ع] إلخ" هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية، وفي "المبسوط": يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب إلا في رواية عن محمد أنه يجب في قطع يده خمسة آلاف إلا خمسة، وهذا لأن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال، ولهذا لا يجب القصاص بحال، ولا يتحملها العاقلة.

إلا أن محمداً قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله، كما لو قطع يد عبد، والعبد يساوي ثلاثين ألفًا، ضمن خمسة عشر ألفًا. (ك)

(١) عبد.

(٢) قوله: "فهو مقدّر إلخ" يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد؛ لأنه يجب في الحر نصف عشر الدية. (ع)

(٣) أي الدية.

(٤) قوله: "على ما قررنا" إشارة إلى قوله: ولأبي حنيفةومحمد قوله تعالى: ﴿ودية مسلّمة إلى أهله﴾. (ع)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) العبد.

(٧) يعني فيما إذا كان له ورثة غير المولى. (ع)

(٨) يعني المستوفي وجهالته تمنع القصاص. (ع)

(٩) لأنه عبد في تلك الحالة.

(١٠) أي الموت.

(١١) الحق.

(١٢) لأنه حر عند الموت.

الاشتباه، وتعذر الاستيفاء، فلا يجب على وجه يستوفي، وفيه الكلام[١].

واجتماعهما لا يزيل الاشتباه[٢]؛ لأن الملكين في الحالين، بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل؛ لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت، فإذا اجتمعا زال الاشتباه.

ولمحمد في الخلافية، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى، أن سبب الولاية قد اختلف؛ لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين[٣]، والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى[٤]، فنُزّل[٥] منزلة اختلاف المستحِق[٦] فيما يحتاط فيه[٧]، كما إذا قال لآخر: بعتني هذه الجارية بكذا، فقال المولى: زوجتها منك، لا يحل[٨] له وطئها.

ولأن الإعتاق[٩] قاطعٌ للسراية[١٠]، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية[١١]، والسراية بلا قطع، فيمتنع القصاص[١٢].

---

(١) قوله: "وفيه الكلام" أي في وجوب على وجه يستوفى، ولا كلام في أصل الوجوب؛ لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء، فإذا فات المطلوب منه، سقط اعتباره. (ك)

(٢) قوله: "واجتماعهما إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن من له الحق مشتبها لكن يزول باجتماعهما، ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله؛ لأن الملك في الحالين مختلف، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت، وللورثة بالعكس، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام، فلا يكون الاجتماع مفيداً، بخلاف العبد الموصى لخدمته لرجل، وبرقبته لآخر، فإن كل واحد منهما لم ينفرد للقصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة، لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة؛ لأن الرقبة فاتت، لا إلى بدل، فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه، فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه. (عناية)

(٣) أي حالة الجرح قبل العتق. (ع)

(٤) أي حالة الموت بعد العتق. (ع)

(٥) أي اختلاف الأسباب.

(٦) أي الدماء والفروج. (ع)

(٧) قوله: "فيما يحتاط فيه" أي فيما لا يثبت بالشبهات، احترز بهذا عمن قال لآخر: لك علي ألف درهم من قرض، فقال المقر له: لا، بل من ثمن مبيع، فإنه يقضى بالمال، وإن اختلف السبب؛ لأن ذلك من الأموال، ويجرى البذل والإباحة فيها، ولا يبالى باختلاف السبب. (ك)

(٨) لاختلاف السبب.

(٩) ألا ترى أن من جرح عبد إنسان، ثم أعتقه مولاه، ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص، ولا القيمة.

(١٠) وذلك لأن الإعتاق يعتبر النهاية مخالفاً للبداية. (ع)

(١١) قوله: "يبقى الجرح بلا سراية" فإن قيل: ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية، أجيب بأنه لا يجب نظرا إلى حقيقة الجناية، وهو القتل؛ لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع. (ع)

(١٢) كأنه تلف بآفة سماوية. (ع)

ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية[١] للمولى، فيستوفيه[٢]، وهذا لأن المقضى له[٣] معلوم، والحكم[٤] متحدٌ، فوجب القول بالاستيفاء.

بخلاف الفصل الأول[٥]؛ لأن المقضىّ له مجهول[٦]، ولا معتبر باختلاف السبب ههنا[٧]؛ لأن الحكم لا يختلف، بخلاف تلك المسألة[٨]؛ لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكمًا.

والإعتاق[٩] لا يقطع السراية لذاته، بل لاشتباه من له الحق، وذلك فى الخطأ[١٠] دون العمد؛ لأن العبد لا يصلح مالكًا للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى[١١]، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت؛ لحريته، فيقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، فجاء الاشتباه. أما العمد فموجبه القصاص، والعبد مُبقى على أصل الحرية فيه[١٢]، وعلى اعتبار أن يكون الحق له[١٣]، فالمولى هو الذى يتولاه[١٤]، إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فى من له الحق، وإذا امتنع القصاص فى

---

(١) قوله: "بثبوت الولاية" أى ثبوت ولاية استيفاء القصاص فى العمد للمولى. (كفاية)

(٢) القصاص.

(٣) هو المولى. (ع)

(٤) وهو استيفاء القصاص. (ع)

(٥) قوله: "الفصل الأول" يعنى ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص بالاتفاق؛ لأن المقضى له مجهول. (عناية)

(٦) قوله: "لأن المقضىّ له مجهول" لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح، فالمقضى له المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت، فالمقضى له الورثة. (ك)

(٧) قوله: "ولا معتبر باختلاف السبب ههنا" أى فى الفصل الثانى، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك فى العمد، واختلاف السبب هو أنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان السبب هو الملك، ولو اعتبرنا حالة الموت كان السبب هو الولاء، ولا اعتبار له؛ لأن المقصود، وهو الحكم الذى هو استيفاء القصاص متحد. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف تلك المسألة [أى مسألة الجارية]" يعنى المستشهد بها بقوله: كما إذا قال لآخر: بعنى هذه الجارية إلخ، فإن الحكم فيها مختلف؛ لأن ملك العين يغاير ملك النكاح حكمًا؛ لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصودًا، وملك اليمين قد لا يثبته مقصودًا، فاختلف السبب. (عناية)

(٩) جواب عن قوله: لأن الإعتاق قاطع للسراية. (ع)

(١٠) قوله: "وذلك فى الخطأ" حتى إن من جرح عبد إنسان خطأ، ثم أعتقه مولاه، ثم مات من تلك الجراحة ينقطع السراية، فلا يلزمه الدية، ولا القيمة. (ك)

(١١) لكونه قبل العتق. (ع)

(١٢) قصاص.

(١٣) عبد.

(١٤) بطريق الخلافة عنه. (ع)

الفصلين عند محمد يجب ارش اليد، وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا[١]؛ لأنه حصل على ملكه[٢]، ويبطل الفضل، وعندهما الجواب في الفصل الأول[٣] كالجواب عند محمد في الثاني[٤].

قال[٥]: ومن قال لعبديه: أحدكما حر، ثم شُجّا، فأوقع العتق[٦] على أحدهما، فأرشهما للمولى؛ لأن العتق غير نازل في المعيِّن[٧]، والشجة تصادف المعين، فبقيا[٨] مملوكين في حق الشجة.

ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبدٍ[٩]، والفرق أن البيان إنشاءٌ من وجه[١٠]، وإظهارٌ من وجهٍ[١١] على ما عُرف[١٢]، وبعد الشجة بقي محلا للبيان[١٣]، فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلا للبيان، فاعتبرناه إظهاراً محضاً

---

(١) عن قريب.

(٢) مولى.

(٣) هو ما إذا كان له وارث غير المولى. (ك)

(٤) هو ما إذا لم يكن له وارث. (ك)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) قوله: "فأوقع العتق" أي بين ذلك المبهم بالتعين في أحدهما، وإنما ذكر بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرش معيناً، وإن كان وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل، فإنه إذا قال: أحدكما حر، فمات أحدهما، أو قتل تعين العتق في الآخر. (عناية)

(٧) للإبهام.

(٨) فيكون أرشهما للمالك. (ع)

(٩) قوله: "تجب دية حرٍّ، وقيمة عبدٍ" هذا إذا كان القاتل واحداً، وقتلهما معًا، واستوت قميتهما أما إذا كان القاتل اثنين فيجيء بعده.

وأما إذا قتلهما الواحد على التعاقب، فعليه قيمة الأول للمولى، ودية الآخر لورثته؛ لأن بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق، فتبين أنه قتله، وهو حر، وأما لو قتلهما معًا كان عليه قيمة، ودية حر إن استوت القيمتان.

وإن اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما، ودية حر؛ لأنا نتيقن أنه قتل عبدا وحرا، وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد منهما، ولأن البيان فات حين قتلا، وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما. (ك)

(١٠) قوله: "إنشاء [للعتق] من وجه" حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء، فلو مات أحدهما، فبين العتق فيه لا يصح. (ع)

(١١) قوله: "وإظهار من وجه" حتى يجبر عليه، ولو كان إنشاء من كل وجه؛ لما أجبر عليه؛ لأنه لا يجبر على إنشاء العتق. (ع)

(١٢) في أصول الفقه.

(١٣) قوله: "لم يبقَ محلا للبيان" أي البيان الذي هو إنشاء من وجه؛ لأنه ليس محلا للإنشاء، فلا يكون محلا لهذا البيان، وأما البيان المحض الذي هو الإظهار فقط، فالميت محل له. (أعظمي)

وأحدهما حر بيقين، فتجب قيمة عبد ودية حر..

بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكَين[١]؛ لأنا لم نتيقين بقتل كل واحد منهما حراً، وكل منهما ينكر ذلك.

ولأن القياس[٢] يأبى ثبوت العتق في المجهول؛ لأنه لا يفيد فائدةً[٣]، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف، وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم[٤]، فيتقدر بقدر الضرورة، وهي في النفس[٥] دون الأطراف[٦]، فبقي مملوكًا في حقهما[٧].

قال[٨]: ومن فقأ عيني عبد، فإن شاء المولى دفع عبده، وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة.

وقالا: إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمتَه.

وقال الشافعي: يضمّنه[٩] كلَّ القيمة ويُمسِك[١٠] الجُثَّة؛ لأنه يجعل الضمان مقابلا بالفائت، فبقي الباقي على ملكه، كما إذا قطع إحدى يديه[١١]، أو فقأ إحدى عينيه.

ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات، وهي معتبرة في حق الأطراف؛ لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه[١٢]، وإذا كانت[١٣] معتبرةً[١٤]، وقد وجد

---

(١) قوله: "حيث تجب قيمة المملوكَين" هذا إذا قتلهما معًا، ولا يدرى أيهما قتل أولا، أما إذا قتلهما رجلان، فإن كان قتلهما على التعاقب، فعلى القاتل الأول قيمة الأول لمولاه، وعلى القاتل الثاني دية لورثته؛ لأن العتق تعين، وأما لو قتلاهما معًا، فعلى كل واحد منها قيمة عبد؛ لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، والعتق في حق المعين، كأنه غير نازل، فكان كل واحد منهما مملوكًا عينًا، وإنما نزل العتق في المنكر، ولا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر، وإنما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به، وهو القيمة. (ك)

(٢) فرق آخر بين الشجة والقتل.

(٣) قوله: "لأنه لا يفيد فائدةً [وفي نسخة: فائدته]" أي فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة، وما هو كذلك، فلا يعتبر به في الشرع. (عناية)

(٤) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه. (ع)

(٥) لأنها محل العتق. (ع)

(٦) لأنها انحلها حل تبعا.

(٧) أي فبقي العبد مملوكًا في حق الأطراف على أصل القياس. (ع)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) المولى

(١٠) المولى.

(١١) وكما إذا قطع يدي حر أو مدبر.

إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة، والضمان يتقدر بقيمة الكل، فوجب أن يتملك[1] الجثةَ؛ دفعًا للضر، ورعايةً للمماثلة.

بخلاف ما إذا فقأ عيني حر؛ لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر؛ لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين، وفقأ إحدى العينين[2] لم يوجد تفويت جنس المنفعة.

ولهما[3] أن معنى المالية لما كان معتبرًا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه[4]، كما في سائر الأموال، فإن من خرق ثوب غيره خرقًا فاحشًا إن شاء المالك دفع الثوب إليه، وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان.

وله أن المالية وإن[5] كانت معتبرةً في الذات، فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضًا، ألا ترى أن عبدًا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الأولى[6] أن لا ينقسم[7] على الأجزاء[8]، ولا يتملك[9] الجثةَ، ومن

---

(١٢) قوله: "لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرًا عليه [أي على الذات]" أي لأن اعتبار المالية في حق الذات، قصرًا عليه ساقط أي لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب، بل اعتبرت في حق الأطراف أيضًا. (ك)

(١٣) قوله: "وإذا كانت إلخ" أي أن اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصرًا عليه ساقط بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها؛ لأنها تسلك مسلك الأموال، وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها كقيامها في الذات وفواتها كفواتها في الذات، وكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة، وقد وجد الإتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة، فيجب الضمان، والضمان يتقدر بقيمة الكل، وأداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة؛ دفعا للضرر ورعاية للمماثلة. (ع)

(١٤) في الأطراف.

(١) أي من فقأ.

(٢) حتى يصير بمنزلة إتلاف الجنس. (ع)

(٣) أي لأبي يوسف ومحمد. (ع)

(٤) قوله: "على الوجه الذي قلنا" أي إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد، وأخذ قيمته. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) أي الآدمية. (ع)

(٧) قوله: "أن لا ينقسم [موجب الجناية، وهو الضمان، أي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس، والطرف الفائت. ك] إلخ" ولهذا لا يتوزع كمال الدية على الفائت والباقي، بل يكون كله بإزاء الفائت، بأن فقأ عيني حر يجب كمال الدية، ولا يسقط من الفاقئ شيء لحصة الجثة. (حميدية)

(٨) الجثة. (ع)

(٩) الفاقئ.

أحكام الثانية[١] أن ينقسم[٢] ويتملك[٣] الجثة، فوفّرنا على الشبهين حظّهما من الحكم.

فصل في جناية المدبر وأم الولد[٤]

قال[٥]: وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى[٦] الأقل من قيمته[٧]، ومن أرشها؛ لما روى عن أبى عبيدة رضى الله تعالى عنه[٨] أنه قضى بجناية المدبر على مولاه*؛ ولأنه صار مانعًا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير، أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية[٩]، وهو لا يعلم.

وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش؛ لأنه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الأرش، ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة[١٠]، ولا تخيير بين الأقل والأكثر؛ لأنه

(١) أى المالية. (ك)

(٢) قوله: "أن ينقسم إلخ" كما إذا خرق ثوب غيره خرقا فاحشا، وضمنه المالك قيمة الثوب، فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم، فقلنا: بحكم أنه وجب بجناية على الآدمى لا يجب موزعا، وبحكم أنه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين، بل قيل له: من شرط استيفاءك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك؛ ليكون قولا بالشبهين، وفيما قالا: إلغاء لجانب الآدمية أصلا، واعتبار لجانب المالية؛ لأن من حكم المال أن المالك بالخيار إن شاء، سلم النفس، وأخذ كمال القيمة، وإن شاء أمسكها، ورجع بالنقصان، كما فى تخريق الثوب، وفيما قال الشافعى: إلغاء لجانب المالية أصلا، واعتبار لجانب الآدمية لا غير، والقول الوسط الأعدل ما قاله أبو حنيفة؛ لأن فيما تحاذى الشبهان كان القول بتوفير الشبهين أولى. (ك)

(٣) الفاقئ.

(٤) قوله: "فصل فى جناية إلخ" لما ذكر باب جناية المملوك، والجناية عليه قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية، وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة فى اسم المملوكية، وهو المدبر وأم الولد غير أن أم الولد أحط رتبة أيضًا من المدبر فى ذلك الاسم حتى إن القاضى لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ، بخلاف المدبر وهى أنثى أيضًا، فالأنوثة والانحطاط فى اسم أوجبا تأخير ذكرها عن المدبر. (عناية)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) جناية المدبر على سيده فى ماله دون عاقلته. (ع)

(٧) أى قيمة كل منهما.

(٨) قوله: "لما روى [أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه"، كذا فى "شرح النقاية"] عن أبى عبيدة" ابن الجراح رضى الله عنه، وكان أميرًا بالشام، وقضاياه تظهر بين الصحابة، وكان حكمه بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فحل محل الإجماع. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٤ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٩) قوله: "فصار كما إذا فعل ذلك إلخ" أى قد عرفنا فى صورة عدم العلم بالجناية أن التدبير مانع التسليم فى حال وجود سبب وجوب التسليم، وهو الجناية، ولا دخل لوجود السبب فى كون المانع، فيكون هذا المانع مانعا قبل وجود السبب أيضًا لاشتراكهما فى كونهما مانعين من غير اختيار الفداء، فيجب الأقل من الأرش والقيمة، كما فى وجود التدبير بعد السبب مع عدم العلم به. (أعظمى)

لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة، بخلاف القن؛ لأن الرغبات صادقة[١] في الأعيان، فيفيد التخيير[٢] بين الدفع والفداء.

وجنايات المدبر وإن[٣] توالت لا توجب، إلا قيمة واحدة؛ لأنه لا منع منه[٤] إلا فى رقبة واحدة؛ ولأن دفع القيمة كدفع العبد، وذلك لا يتكرر، فهذا كذلك، ويتضاربون[٥] بالحصص فيها[٦]، وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه؛ لأن المنع فى هذا الوقت يتحقق.

قال[٧]: فإن جنى جناية أخرى وقد[٨] دفع المولى القيمة إلى ولى الأولى بقضاء، فلا شيء عليه[٩]؛ لأنه مجبور على الدفع.

قال[١٠]: وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي[١١] بالخيار إن شاء أتبع المولى[١٢]، وإن شاء أتبع ولى الجناية، وهذا عند أبى حنيفة.

(١٠) قوله: "ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة" إذا كان الأرش أكثر من القيمة. (أعظمى)

(١) كاملة.

(٢) لاختلاف الجنس.

(٣) الواو وصلية.

(٤) مولى.

(٥) قوله: "ويتضاربون" قال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث أى يأخذ شيئًا بحكم ماله من الثلث. (مغرب)

قوله: "يتضاربون بالحصص إلخ" حتى لو قتل إنسانًا خطأ، وقيمته ألف درهم، فزادت قيمته حتى صارت ألفين، وقتل آخر بعد ذلك خطأ، ثم أصابه عيب، فرجعت قيمته إلى خمس مائة، ثم قتل آخر خطأ، فعلى مولاه ألفا درهم؛ لأنه جنى على الثاني، وقيمته ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامنًا قيمة ألفين، ثم ألف من هذين الألفين لولى القتيل الأوسط خاصة؛ لأن ولى الأول إنما ثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه، وهى ألف درهم، ولا حق له فى الألف الثانية، فيسلم ذلك لولى القتيل الأوسط خاصة، وخمس مائة من الألف الأولى بين ولى القتيل الأول وبين الأوسط؛ لأنه لا حق فى هذه الخمس مائة لولى القتيل الثالث، وإنما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه، فيقسم هذه الخمس مائة بين الأوسط، والأول يضرب فيها للأول بعشرة آلاف، وللأوسط بتسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه من حقه ألف، الخمس مائة الباقية بينهم جميعًا يضرب فيها للآخر بعشرة آلاف؛ لأنه ما وصل إليه شيء من حقه، وتضرب فيها للأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ؛ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ، وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين، وإنما يضرب بما بقى من حقه، فيقسم الخمس مائة بينهم على ذلك. (ك)

(٦) أى فى القيمة.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) والواو للحال.

(٩) قوله: "فلا شيء عليه [مولى]" أى على المولى؛ لأنه ما التزم أكثر من قيمة واحدة بجنايات، وهو مجبور على الدفع، فلم يبق عليه شيء. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) أى ولى الجناية الثانية. (ع)

وقالا: لا شيء على المولى؛ لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء[1].

ولأبي حنيفة أن المولى جانٍ بدفع[2] حق ولى الجناية الثانية طوعًا، وولى الأولى ضامن بقبض حقه ظلمًا، فيتخير.

وهذا لأن الثانية مقارنة[3] حكمًا من وجه، ولهذا يشارك ولى الجناية الأولى، ومتأخرة[4] حكمًا من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها، فجُعلت كالمقارِنة فى حق التضمين لابطاله[5] ما تعلق به من حق ولى الثانية عملا بالشبهين[6].

وإذا أعتق المولى المدبر وقد[7] جنى جنايات، لم تلزمه إلا قيمة واحدة؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع[8]، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة، وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا؛ لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير.

وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجر إقراره، ولا يلزمه به شيء عتق، أو لم يعتق؛ لأن موجب جناية الخطأ على سيده، وإقراره به[9] لا ينفذ على السيد، والله أعلم.

---

(١٢) قوله: "إن شاء اتبع المولى" أى بنصف القيمة فى ذمته، ثم رجع المولى على الأول؛ لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه. (عناية)

(١) لأن الدفع فعل نفسه، فصار القضاء وغير القضاء فيه سواءً. (ع)

(٢) إلى ولى الجناية الأولى.

(٣) مع الأولى.

(٤) عن الأولى.

(٥) قوله: "لإبطاله إلخ" دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة، فإنه إذا كان مقارنًا يكون مبطلا حق ولى الجناية الثانية بالدفع إلى الأول. (ك)

(٦) قوله: "عملا بالشبهين" يعنى لما عملنا بشبهه التأخير فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها، وجب أن يعمل بشبهه المقارنة فى حق تضمين نصف المدفوع.
وقيل: جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمين إذا دفع بغير قضاء؛ لأنه أبطل ما تعلق به حق الثانى، ولم يجعل كالمقارنة فى حق التضمين إذا دفع بقضاء؛ لأنه مجبور بالدفع بقضاء عملا بشبهى المقارنة والتأخر. (عناية)

(٧) الواو للحال.

(٨) بسبب التدبير.

(٩) المدبر.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك[١]

قال[٢]: ومن قطع يد عبده، ثم غصبه رجلٌ، ومات في يده من القطع، فعليه قيمتُه أقطع، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب، فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه. والفرقُ أن الغصب قاطعٌ للسراية[٣]؛ لأنه سبب الملك[٤] كالبيع[٥]، فيصير كأنّه هلك[٦] بآفة سماوية، فتجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع[٧] في الفصل الثاني، فكانت السراية مضافةً إلى البداية، فصار المولى متلِفًا، فيصير مستردًّا[٨] كيف؟ وأنه[٩] استولى عليه[١٠]، وهو[١١] استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان.

---

(١) قوله: "باب غصب العبد والمدبر والصبي، والجناية في ذلك" لما ذكر حكم المدبر في الجناية، ذكر في هذا الباب ما يرد عليه، وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به. (ع)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) قوله: "أن الغصب إلخ" يعني أن الغصب من أسباب الملك لما عرف من مذهبنا أن المضمونات تملك عند أداء الضمان، فإذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية ينقطع السراية، كما لو تخلل بينهما بيع، وإذا نقطعت السراية، صار كأنه غصب عبداً أقطع، ومات عنده، لا من القطع، وأما إذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع. ألا ترى أن المشترى لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضاً، وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية، فيبرأ الغاصب عن الضمان. (كفاية)

(٤) قوله: "لأنه سبب الملك إلخ" يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء، أو رضاء؛ لأن السراية إنما ينقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، أما قبله فلا نص عليه في آخر رهن "الجامع"، والباب الثاني من جناياته. إلا أنه إنما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد أقطع؛ لأن السراية، وإن لم ينقطع، فالغصب ورد على مال متقوم، فانعقد سبب الضمان، فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما فوقه، أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة، ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكمًا، لا حقيقة؛ لأن بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكمًا دون الثابت حقيقة وحكمًا، ولم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى، فتقرر الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب. (ك)

(٥) قوله: "كالبيع" والبيع قاطع للسراية لما ذكرنا في العتق أن بداية الجناية مخالفة لنهايتها، فاعتبار بداية الجناية يوجب أن يكون الأرش للبائع، واعتبار نهايتها يوجب أن يكون للمشترى، فيصير المستحق مجهولا، فلهذا قلنا: بأن البيع قاطع للسراية، والغصب سبب الملك كالبيع، ويتأتى فيه ما ذكرنا من الجهالة، فإن العبد لما مات في يد الغاصب، ووجب عليه الضمان صار العبد ملكا له من وقت الغصب، فيكون ابتداء الجناية في ملك المغصوب منه، وانتهاءها في ملك الغاصب. (ك)

(٦) العبد.

(٧) للسراية. (ن)

(٨) من الغاصب.

(٩) مولى.

(١٠) عبد.

(١١) أي الاستيلاء.

قال[١]: وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه، فمات في يده، فهو ضامن؛ لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله[٢].

قال[٣]: ومن غصب مدبّراً، فجنى[٤] عنده جنايةً، ثم ردّه[٥] على المولى، فجنى عنده[٦] جناية أخرى، فعلى المولى قيمته بينهما[٧] نصفان؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعْجز نَفْسَه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء[٨]، فيصير[٩] مُبطِلا حقَّ أولياء الجناية؛ إذ حقُّهم فيه، ولم يمنع[١٠] إلا رقبةً واحدةً، فلا يزاد على قيمتها، وتكون[١١] بين وليّي الجنايتين نصفين لاستواءهما في الموجِب.

قال[١٢]: ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب؛ لأنه استُحِقّ نصفُ البدل بسببٍ[١٣] كان في يد الغاصب، فصار كما إذا استُحقَّ نصف العبد بهذا السبب[١٤].

قال[١٥]: ويدفعه[١٦] إلى وليّ الجناية الأولى، ثم يرجع بذلك[١٧] على الغاصب، وهذا[١٨] عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) قوله: "مؤاخذ بأفعاله" وإن كان غير مؤاخذ بأقواله، وأعني بالأقوال التي توجب المال، لا التي توجب القصاص والحدود، فإن العبد فيها بمنزلة الحر. (نهاية)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) المدبر.

(٥) الغاصب.

(٦) مولى.

(٧) أي بين وليي الجنايتين. (كافي)

(٨) قوله: "من غير أن يصير إلخ" فإن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل، فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم الجناية، فإن فيه الأقل من قيمته، ومن الأرش، فكذا هذا. (عناية)

(٩) المولى.

(١٠) المولى.

(١١) قيمة.

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "بسبب إلخ" فصار كأنه لم يرد نصف العبد؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد. (ت)

(١٤) أي بسبب كان في يد الغاصب.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) مولى، أي النصف المأخوذ من الغاصب. (ع)

(١٧) أي بالمدفوع إلى ولي الجناية الأولى. (ع)

(١٨) أي هذا الدفع الثاني، والرجوع الثاني. (ع)

وقال محمد: يرجع[١] بنصف قيمته فيَسْلم له[٢]؛ لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوضَ ما سَلّم[٣] لولى الجناية الأولى، فلا يدفعه[٤] إليه كى لا يؤدى إلى اجتماع البدل، والمبدل فى ملكِ رجلٍ واحدٍ وكى لا يتكرر الاستحقاق[٥].

ولهما[٦] أن حقَّ الأوّل فى جميع القيمة[٧]؛ لأنه حين جَنى فى حقّه لا يزاحمه أحدٌ، وإنما انتقص[٨] باعتبار مزاحمة الثانى، فإذا وجد شيئًا من بدل العبد فى يد المالك[٩] فارغًا[١٠] يأخذه ليتمّ حقُّه، فإذا أخذه منه[١١]، يرجع المولى بما أخذه على الغاصب؛ لأنه استُحقّ من يده[١٢] بسبب كان في يد الغاصب.

قال: وإن كان[١٣] جني[١٤] عند المولي، فغضبه رجلٌ، فجني عنده جناية أخرى، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب؛ لما بينا[١٥] فى الفصل الأول غير أنّ استحقاقَ النصف[١٦] حصل بالجناية الثانية؛ إذ كانت[١٧] هى فى

---

(١) المولى على الغاصب.

(٢) قوله: "فيسلم له [أى لا يدفع إلى ولى الجناية الأولى. ع]" أى للمولى فلما سلم للمولى نصف القيمة الذى أخذه من الغاصب فى المرة الأولى لا يرجع ثانيًا على الغاصب. (ن)

(٣) المولى.

(٤) المولى.

(٥) أى استحقاق ولى الجناية الأولى على المولى.

(٦) قوله: "ولهما أن إلخ" والجواب عن قول محمد: إن المولى ملك ما قبضه من الغاصب، ودفعه إلى ولى الجناية الأولى عوضًا عما أخذه، ولى الجناية الثانية دون الأولى، فلا يجتمع البدل، والمبدل فى ملك شخص واحد. (م)

(٧) قوله: "فى جميع القيمة" واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى، فكيف يكون حق الأولى فى جميع القيمة، والجواب أن المقارنة جعلت حكمًا فى حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقةً، وقد انعقدت موجبةً لكل القيمة من غير مزاحم، وما أمكن توفير موجبها، فلا يمنع بلا مانع. (عناية)

(٨) حق الأول.

(٩) المولى.

(١٠) عن الحق. (زيلعى) من مزاحمة ولى الجناية الثانية. (ن)

(١١) مولى.

(١٢) مولى.

(١٣) هذه المسألة عكس المسألة السابقة من حيث الوضع. (م)

(١٤) المدبر.

(١٥) من أن استحق عليه بسبب كان فى يد الغاصب.

(١٦) قوله: "غير أن إلخ" ذكر هذا لبيان الفرق، فإنه يدفع هذا النصف الذى أخذه من الغاصب إلى ولى الجناية الأولى بالاتفاق، وكان لا يدفعه إليه عند محمد فى المسألة الأولى لأداءه إلى الجمع بين البدل والمبدل، وأما ههنا لو دفع إلى ولى الجناية الأولى لا يؤدى إلى الجمع بين البدل والمبدل؛ لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى

يد الغاصب، فيدفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ولا يرجع به على الغاصب، وهذا بالإجماع[١].

ثم وضع[٢] المسألة في العبد، فقال[٣]: ومن غصب عبداً، فجني في يده، ثم ردّه، فجني جناية أخرى، فإن المولي يدفعه إلي وليّ الجنايتين، ثم يرجع علي الغاصب بنصف القيمة، فيدفعه إلى الأول، ويرجع به[٤] على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يرجع بنصف القيمة، فيسلم له[٥]، وإن جني عند المولى، ثم غصبه، فجني في يده دفعه المولى نصفين، ويرجع بنصف قيمته[٦]، فيدفعه إلى الأول، ولا يرجع به[٧]، والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا[٨] إلا أن في هذه الفصل يدفع المولى العبد، وفي الأول يدفع القيمة.

قال[٩]: ومن غصب مدبراً، فجني عنده جناية، ثم ردّه على المولى، ثم غصبه، ثم جنى عنده جنايةً، فعلي المولي قيمتُه بينهما نصفان؛ لأنه منع رقبةً واحدة بالتدبير، فتجب عليه قيمةٌ واحدة. ثم يرجع بقيمته[١٠] على الغاصب؛ لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب، فيدفع نصفها[١١] إلى الأول؛ لأنه استحقّ[١٢] كلَّ القيمة؛ لأن عند وجود

من الغاصب بدلا عما دفع إلى ولى الجناية الثانية؛ لأن الموجود عند الغاصب الجناية الثانية دون الأولى، فلو دفع ذلك إلى ولى الجناية الأولى لا يؤدى إلى الجمع بين البدل والمبدل، فيدفع؛ لأن حق ولى الجناية الأولى كان في كل قيمة المدبر؛ لأن المدبر كان فارغًا وقت الجناية الأولى عن مزاحمة الثانية. (ك)

(١٧) أى الجناية الثانية.

(١) قوله: "وهذا بالإجماع" أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمد فلأنه امتنع الدفع إلى ولى الجناية الأولى في المسألة الأولى كي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا، وههنا لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع إلى ولى الجناية الثانية، فإذا دفعه إلى الأولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد. وفي الأول يجتمع؛ لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا دفعه إلى ولى الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع. (زيلعى)

(٢) ثم وضع" أى محمد هذه المسألة في "الجامع الصغير" في العبد بعد ما وضعها في حق المدبر؛ لأن كلتا المسألتين مذكورتان في "الجامع الصغير". (كافى)

(٣) محمد. (عينى)

(٤) قوله: "ويرجع [ثانيًا] به" أى بذلك النصف الذى أعطى إلى ولى الجناية الأولى. (ن)

(٥) أى لا يرجع ثانيًا.

(٦) على الغاصب.

(٧) ثانيًا.

(٨) آنفًا.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) لا بنصف قيمته.

(١١) قوله: "فيدفع نصفها [قيمته]" أى يدفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيًا إلى ولى الجناية الأولى. (ت)

الجناية عليه[١] لا حق لغيره، وإنما انتقض[٢] بحكم المزاحمة من بعد.

قال[٣]: ويرجع به[٤] على الغاصب؛ لأن الاستحقاق[٥] بسبب كان في يده[٦]، ويسلم له[٧]، ولا يدفعهُ[٨] إلى ولى الجناية الأولى، ولا إلى ولى الجناية الثانية؛ لأنه لا حقّ له إلا فى النصف لسبق حق الأول، وقد وصل ذلك[٩] إليه، ثم قيل[١٠]: هذه المسألة[١١] على الاختلاف كالأولى[١٢]، وقيل: على الاتفاق.

والفرق لمحمد أن فى الأولى الذى يرجع به[١٣] عوض عما سلم لولىّ الجناية الأولى؛ لأن الجناية الثانية كانت فى يد المالك، فلو دفع إليه ثانيًا يتكرر الاستحقاق.

أما فى هذه المسألة، فيمكن أن يجعل[١٤] عوضًا عن الجناية الثانية لحصولها[١٥] فى

---

(١٢) أول.

(١) الأول.

(٢) حق الأول.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "ويرجع به [أى بالنصف]" أى بالنصف الذى دفعه ثانيًا إلى ولى الجناية الأولى. (زيلعى)

(٥) قوله: "لأن الاستحقاق" إذ استحقاق الأول هذا النصف ثانيًا بسبب كان فى يد الغاصب.(ت)

(٦) الغاصب.

(٧) المولى.

(٨) أى ما يؤخذ من الغاصب ثانيًا.

(٩) النصف.

(١٠) قوله: "ثم قيل: إلخ" يعنى قال بعض المشايخ فى هذه المسألة: خلاف محمد أيضًا، كما فى المسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب، ولا يؤخذ ولى الجناية الأولى ما بقى من حقه، وقيل على الاتفاق: ويأخذ ولى الجناية الأولى تمام حقه، وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب، قيل: هذا هو الصحيح؛ لأن محمداً ذكر هذه المسألة فى "الجامع الصغير" بلا خلاف، كذا ذكره فخر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير"، فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين، وقد ذكره فى الكتاب، لكن فى قوله: وأما فى هذه المسألة، فيمكن إلخ نظرًا، فإن الجناية الثانية، وإن حصلت فى يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة، ولم يبقَ لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيًا فى مقابلة ما أخذه. (ع)

(١١) أى الدفع إلى ولى الجناية الأولى. (ك)

(١٢) أى كالمسألة الأولى.

(١٣) المولى على الغاصب.

(١٤) قوله: "فيمكن أن يجعل إلخ" يعنى ما يدفع المولى ثانيًا إلى ولى الجناية الأولى من النصف الذى يرجع به المولى ثانيًا على الغاصب يمكن أن يجعل عوضًا عما سلم ولى الجناية الثانية، وما بقى فى يده من ذلك عوض ما سلم لولى الجناية الأولى، فلا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك واحد، كذا فى "الكفاية"، فحق ولى الجناية الثانية فى النصف، وأخذه هو من المولى، وهو أخذه عوضًا من الغاصب، وحق ولى الجناية الأولى كل القيمة، وأخذه هو من المولى، وأخذه المولى من الغاصب. (مل)

يد الغاصب، فلا يؤدى إلى ما ذكرناه[١].

قال[٢]: ومن غصب[٣] صبيًا[٤] حرًا، فمات في يده فجأة، أو بحمّى، فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة[٥]، أو نهسة[٦] حيّة، فعلى عاقلة الغاصب الدية، وهذا استحسان. والقياس أن لا يضمن فى الوجهين، وهو قول زفر والشافعي؛ لأن الغصب فى الحرّ لا يتحقق.

ألا يرى أنه لو كان مكاتبًا صغيرًا لا يضمن مع أنه حُرٌّ يدًا، فإذا كان الصغير حرًا رقبةً ويدًا أولى[٧].

وجه الاستحسان أنه لا يُضمن بالغصب، ولكن يُضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسببيًا؛ لأنه[٨] نقله إلى أرض مسبعة، أو إلى مكان الصواعق، وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون فى كل مكان[٩]، فإذا نقله إليه، وهو[١٠] متعدٍّ فيه[١١]، وقد أزال حفظ الولى[١٢]، فيضاف إليه[١٣]؛ لأن شرطَ العلة ينزل منزلة العلة إذا كان[١٤]

---

(١٥) أى الجناية الثانية.

(١) قوله: "فلا يؤدى إلخ" أى إذا أمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية، فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد؛ لأن عوض الجناية الثانية غير عوض عن الجناية الأولى، فلا يؤدى إلى الاجتماع، فافترقا من هذا الوجه؛ لأن الجنايتين ههنا، وجدتا فى يد الغاصب، وفى المسألة الأولى وجدت الجناية الأولى فى يد المالك، فلا يمكن أن يجعل عوضًا عن الجناية الثانية. (ن)

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) قوله: "ومن غصب صبيًا" فذكر الغصب فى حق الحر وقع مجازًا؛ لأن الغصب إنما يتحقق فى الأموال، لا فى الأحرار، وأراد به إذهاب الصبى بغير إذن وليه. (نهاية)

(٤) قوله: "صبيًا" يريد به صبيًا لا يعبر به عن نفسه؛ لأنه إذا كان يعبر عن نفسه يعارضه بلسانه، فلا يثبت يده حكمًا، وههنا قد صار فى يده، فلا يعارضه بيده ولسانه، كذا فى "الأسرار". (كفاية)

(٥) آتشى كه آسمان مى افتد. (م)

(٦) نهس بالفتح گزيدن را. (م)

(٧) بأن لا يضمن.

(٨) الغاصب.

(٩) فأمكن حفظه عنه. (زيلعى)

(١٠) غاصب ناقل.

(١١) النقل.

(١٢) قوله: "وقد [الواو للحال] أزال حفظ إلخ" إشارة إلى الجواب عن المكاتب الصغير، فإن الكتابة إذا صحت تثبت للمكاتب يد، فيكون فى يد نفسه، صغيرًا كان أو كبيرًا، بخلاف الصغير الحر، فإنه فى يد الولى. ألا ترى أن المكاتب الصغير لايزوجه أحد، والصغير الحر يزوجه وليه، فعرفنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير، وفيه لا يضمن، فكذا ههنا، وأما حكم الحر الكبير، فإنه إذا غصبه إنسان، ونقله إلى مكان، فأصابه شيء من هذه العوارض ينظر إن قيده

تعدّيا كالحفر فى الطريق[١].

بخلاف الموت فُجأةً، أو بحُمّى؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحُمّى والأمراضُ نقول: بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة؛ لكونه قتلا تسببيا[٢].

قال[٣]: وإذا أودع صبى عبداً فقتله، فعلى عاقلته الدية[٤]، وإن أودع طعامًا فأكله لم يضمن، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعى: يضمن فى الوجهين جميعًا، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا، فاستهلكه[٥] لا يؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبي حنيفة ومحمد، ويؤاخذ به[٦] بعد العتق.

وعند أبي يوسف والشافعي: يؤاخذ به فى الحال، وعلى هذا الخلاف[٧] الإقراض[٨]، والإعارة فى العبد والصبي.

وقال محمد فى أصل "الجامع الصغير": صبى قد عقل، وفى "الجامع الكبير": وَضَعَ[٩] المسألة فى صبيّ ابن اثنى عشرة سنةً، وهذا يدل على أن غير العاقل يَضْمن بالاتفاق[١٠]؛ لأن التسليط[١١] غير معتبر، وفعله[١٢] معتبر.

الغاصب حتى أصابه، ولم يمكن التحرز عنه يضمن؛ لأن المغصوب حجر عن حفظ نفسه بما صنع فيه، فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه عن حفظ نفسه لا يضمن؛ لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافًا إلى تقصيره، لا إلى الغاصب، فلا يضمن كالماشى إذا علم بالبئر، ومشى كذلك حتى وقع فى البئر لم يضمن الحافر شيئًا، بخلاف الصغير، فإنه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف كالماشى على البئر إذا لم يعلم البير، كذا ذكره الإمام المحبوبى. (ك)

(١٣) للغاصب.

(١٤) الشرط.

(١) يضاف سقوط رجل فيه إلى الحافر، وإن كان علة السقوط ثقله؛ لأن الحفر فى الطريق شرط وتعد.

(٢) لا مباشرة.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "فعلى عاقلته الدية [أراد به القيمة]" أراد القيمة، وإنما آثر لفظ الدية؛ لأنها بإزاء الآدمية والقيمة بإزاء المالية، والواجب فى العبد بإزاء الآدمية عند أبى حنيفة وأبى يوسف. (كافى)

(٥) العبد.

(٦) أى بالضمان.

(٧) أى بين الطرفين وأبى يوسف.

(٨) أى إقراض المال، وإعارته للعبد والصبى، أى الإقراض والإعارة كالإيداع فيهما أى فى العبد والصبى. (مجمع الأنهر)

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "يضمن بالاتفاق" ساعده فيه فخر الإسلام حيث ذكره فى "شرح الجامع الصغير" هكذا، وأما فى غيره من "شرح الجامع الصغير" لصدر الإسلام، وقاضى خان والتمرتاشى، فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا: هذا

لهما أنه أتلف مالا متقوّمًا معصومًا حقًا لمالكه، فيجب عليه الضمان، كما إذا كانت الوديعة[١] عبدًا، وكما إذا أتلفه غير الصبىّ فى يد الصبى المودع[٢].

ولأبى حنيفة ومحمد: أنه أتلف مالا غير معصوم، فلا يجب الضمان، كما إذا أتلفه بإذنه[٣]، ورضاه، وهذا[٤] لأن العصمة تثبت حقًا له[٥]، وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال[٦] فى يدٍ مانعة[٧]، فلا يبقى[٨] مستحقًا للنظر[٩] إلا[١٠] إذا أقام[١١] غيره مقام نفسه فى الحفظ، ولا إقامة ههنا؛ لأنه لا ولاية له[١٢] على الصبى، ولا للصبى[١٣] على نفسه، بخلاف البالغ والمأذون له[١٤]؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، وبخلاف[١٥] ما إذا كانت الوديعة عبدًا؛ لأن عصمته[١٦] لحقه[١٧]؛ إذ

الخلاف فيما إذا كان الصبى عاقلا، وإن لم يكن عاقلا، فلا يضمن فى قولهم جميعًا. (ع)

(١١) من المودِع.

(١٢) الصبى.

(١) عند الصبى.

(٢) قوله: "وكما إذا أتلفه إلخ" يعنى أنه يضمن المتلف، ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتًا فى حق الصبى المودع، ويثبت فى حق غيره أيضًا؛ لأن المال الذى سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح، وكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه، ومعنى التسليط تحويل يده فى المال إليه. (عناية)

(٣) أى بإذن صاحب المال.

(٤) أى كونه غير معصوم.

(٥) قوله: "تثبت حقًا له [أى للمالك]" يعنى أن المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه، بل معصوم لحق المالك، وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله فى يد الصبى، بخلاف العبد، فإن عصمته لحق نفسه؛ إذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم، فلهذا قلنا: بضمان العاقلة قيمة العبد. (مجمع الأنهر)

(٦) قوله: "حيث وضع المال إلخ" وعادة الصبيان إتلاف المال لقلة نظرهم فى عواقب الأمور، فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله، صار كالإذن له فى الإتلاف. (كافى)

(٧) أى من الإيداع والإعارة. (ك)

(٨) المالك.

(٩) الشفقة.

(١٠) لكن.

(١١) مالك.

(١٢) حتى يلزمه. (زيلعى)

(١٣) حتى يلتزمه. (زيلعى)

(١٤) قوله: "بخلاف البالغ والمأذون له [أى العبد المأذون له فى التجارة]" يعنى لو أتلفا يضمنان بالإجماع؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فيصح الإيداع عندهما، وبعد صحة الإيداع لو أتلف المودع الوديعة يضمن. (ك)

(١٥) حيث يضمن الصبى المودع. (ك)

(١٦) فإثبات اليد على دمه باطل. (كافى)

هو مُبقى على أصل الحرية في حق الدم.

وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي؛ لأنه سقطت العصمة بالإضافة[1] إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره.

قال[2]: وإن استهلك[3] مالا ضمن يريد به من غير إيداع؛ لأن الصبي يُؤاخذ بأفعاله، وصحة القصد[4] لا معتبر بها في حقوق العباد، والله أعلم بالصواب.

باب القَسامة[5]

قال[6]: وإذا وجد القتيل في محلة، ولا يُعلم من قتله، أُسْتحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم[7] الولي بالله ما قتلناه[8]، ولا علمنا له قاتلا.

---

(١٧) قوله: "لحقه" أي لحق العبد، لا باعتبار أن المالك يعصمه؛ لأن عصمة المالك إنما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليست للمولى ولاية استهلاك عبده، فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك، سواء كان المستهلك صغيراً أو كبيراً، بخلاف سائر الأموال، فإن للمالك أن يستهلكها، فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط. (ك)

(١) قوله: "لأنه سقطت العصمة [أي عصمة المال] إلخ" أي المالك بالإيداع عند الصبي إنما سقط عصمة ماله عن الصبي، لا عن غيره، وماله معصوم في حق غيره، كما كان؛ لأن التسليط إنما وجد في حق الصبي، لا في حق غيره، فصار مال الوديعة ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص في حق دمه، فإنه غير معصوم الدم في حق من له القصاص، ومعصوم الدم في حق غيره كما كان، فإن قيل: لو كان الإيداع من الصبي تسليطًا له على الإتلاف يضمن الأب مال الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير؛ ليحفظها؛ لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير، والمودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا يضمن ههنا، فعلمنا أنه ليس بتسليط على الإتلاف، وكذا الأب إذا دفع مال الصبي إليه لا يضمن إذا تلف في يده، ولو كان تضييعاً لذلك بالتسليط يضمن، قلنا: إنما لم يضمن الأب فيهما؛ لأن يد من في عيال المودع إذا كان أهلا لحفظ الوديعة كيد المودع، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله، فكذلك يحفظ مال غيره بيده، فكانت يد الصبي كيد الأب من هذا الوجه. (ك)

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) صبي.

(٤) دفع دخل وهو أن الصبي ليس له قصد صحيح.

(٥) قوله: "باب القسامة" لما كان أمر القتيل في بعض الأحوال يؤول إلى القسامة، ذكره في آخر الديات في باب على حدة، وهي في اللغة: اسم وضع موضع الأقسام، وفي الشرع: أيمان تقسم بها أهل محلة، أو دار وجد فيها قتيل به جراحة، أو أثر ضرب، أو خنق، ولا يعلم من قتله، يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة، يقول كل واحد منهم: بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلا، وسببها: وجود القتيل كما ذكرنا، وركنها: إجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلا، كما سيجيء، وشرطها: بلوغ المقسم، وعقله، وحريته، وإن يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة، وتكميل اليمين خمسين، فإن لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين، وحكمها: القضاء بوجوب الدية بعد الحلف، والحبس إلى الحلف إن أبوا إذا ادعى الولي العمد، والحكم بالدية عند النكول إن ادعى الولي الخطأ، ومن محاسنها خطر الدماء، وصيانتها عن الإهدار، و خلاص من يتهم بالقتل عن القصاص، وتعيين الخمسين ثبت بالأحاديث المشهورة. (مجمع الأنهر)

(٦) أي القدوري. (عيني)

وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث[١] استحلف[٢] الأولياء[٣] خمسين يمينًا، ويُقضى لهم بالدية على المدعى عليه[٤]، عمدًا كانت الدعوى أو خطأ.

وقال مالك: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي.

واللوثُ عندهما أن يكون هناك علامة[٥] القتل[٦] على واحد بعينه، أو ظاهرٌ يشهد[٧] للمدعي من عداوةٍ ظاهرة، أو شهادة عدل، أو جماعة غير عدول أن اهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهدًا له[٨]، فمذهبُه[٩] مثل مذهبنا[١٠] غير أنه لا يُكرِّر اليمين، بل يردّها على الولي.

فإن حلفوا[١١] لا ديةَ عليهم للشافعي في البداية بيمين الولي[١٢]، قوله عليه

---

(٧) أي يختار من القوم من يحلفهم. (ع)

(٨) قوله: "بالله ما قتلناه إلخ" هذا على طريق الحكاية عن الجمع، وأما عند الحلف: فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت، ولا يحلف بالله ما قتلنا؛ لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه، فيجرى على يمينه بالله ما قتلنا، فإن قيل: يجوز أنه قتل مع غيره، فيجرى على يمينه بالله ما قتلت، كما في عكسه، قلنا: لا، كذلك؛ لأنه إذا حلف بالله ما قتلت، وكان قتل مع غيره كان كاذبًا في يمينه، فإن الجماعة متى قتلوا واحدًا يكون كل واحد منهم قاتلا، ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد، والكفارة في الخطأ. (كفاية)

(١) من لوث الماء كدره.

(٢) هو قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي.

(٣) أي أولياء المقتول.

(٤) أي إن حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه. (كافي)

(٥) كالدم.

(٦) كه شمشير آن خود آلوده باشد. (ترجمة)

(٧) قوله: "أو ظاهر يشهد إلخ" أي ظاهر حال شاهد باشد مدعى را باين طور كه عداوت ظاهر باشد درميان مقتول واهل محله. (ترجمة)

(٨) للمدعي.

(٩) أي مذهب الشافعي.

(١٠) قوله: "مذهبنا" أي في بداية يمين المدعى عليه غير أنه إن لم يكمل أهل المحلة خمسين لا يكرر اليمين عليهم، بل يرد على الأولياء، كما في النكول عنده، فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعي أولا، وفي براءة أهل المحلة باليمين، فالحاصل أنه إذا وجد ظاهر يشهد للمدعي عند الشافعي يحلف المدعي، فإن حلف أنهم قتلوه خطأ، فله الدية، وإن حلف أنهم قتلوه عمدًا، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، فإن نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم، فإن حلفوا برئوا، ولا شيء عليهم، وإن نكلوا، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، وإن لم يكن الظاهر شاهدًا للمدعي حلف أهل المحلة على ما قلنا. (كفاية)

(١١) أهل محلة.

(١٢) إذا كان الظاهر شاهدًا له.

السلام[١] : «للأولياء[٢] فيُقسِم منكم خمسون أنهم قتلوه»[٣]*، ولأن اليمين تجب[٤] على من يشهده له الظاهر، ولهذا تجب على صاحب اليد، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه، وردُّ اليمين على المدعى أصل له[٥]، كما في النكول غير أن هذه[٦] دلالة فيها نوع شبهة، والقصاص لا يجامعها، والمال يجب معها، فلهذا وجبت الدية[٧].

ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم[٨]: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»**، وفي رواية: «على المدعى عليه».

وروى سعيد بن المسيب***: «أن النبي عليه السلام بدأ[٩] باليهود[١٠] بالقسامة وجعل الدية عليهم»[١١]؛ لوجود القتيل بين أظهرهم[١٢]، ولأن اليمين حجة للدفع

---

(١) قوله: "قوله عليه السلام: إلخ" أصله ما روى أنه وجد قتيل من المسلمين في قليب من قلب خيبر، فرفع إلى النبي عليه السلام، فقضى استحلاف خمسين من أهل القلب، فلم يرضَ الأولياء بأيمانهم بسبب كفرهم، فقال لهم رسول الله عليه السلام: «يقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»، فقالوا: كيف نقسم على ما لا علم لنا قطعاً، فودى النبي عليه السلام من ماله، فأول الحديث حجتنا، وتأويل قوله: «يقسم منكم» أي أيقسم منكم استفهاماً على سبيل الإنكار، وكأنه عليه السلام رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبوا أيمان اليهود، وبقولهم: "لا نرضى بيمين قوم كفار" فقال: ذلك على سبيل الزجر، فلما عرفوا كراهية رسول الله ﷺ بذلك رغبوا عنه بقولهم: "كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد". (ك)

(٢) أي أولياء المقتول.

(٣) كذا في الكتب الستة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٤، الحديث١٠٤٥. (نعيم)

(٤) قوله: "تجب" كما في سائر الدعاوى، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه؛ لأن الأصل براءة ذمة، فأما في القسامة، فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث، فيكون اليمين حجة له. (م)

(٥) أي للشافعي.

(٦) اليمين.

(٧) دون القصاص.

(٨) قوله: "صلى الله عليه وآله وسلم" روى الترمذي في "سننه" أن النبي ﷺ قال في خطبته: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». (على قاري)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٠، والدراية ج٢ ص٢٨٤، الحديث١٠٤٦. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩١، والدراية ج٢ ص٢٨٤، الحديث١٠٤٧. (نعيم)

(٩) وكلفهم قسامة خمسين. (على القاري)

(١٠) وهم أهل القليب.

(١١) أورده في "مسند البزار". (على قاري)

(١٢) لفظ أظهرهم مقحم، والمقصود بينهم.

دون الاستحقاق، وحاجة الولى إلى الاستحقاق.

ولهذا لا يستحق بيمينه[١] المال المبتذل، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة[٢].

وقوله: "يتخيرهم الولى" إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولىّ؛ لأن اليمين حقّه. والظاهر أنه يختار من يتّهمه بالقتل، أو صالحى أهل المحلة؛ لما أن تحرّزُهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز، فيظهر القاتل.

وفائدة اليمين النكول، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون[٣] يُفيد يمينُ الصالح على العلم[٤] بأبلغ مما يفيد يمين الطالح[٥]، ولو اختاروا[٦] أعمى، أو محدوداً فى قذف جاز؛ لأنه يمين، وليس بشهادة[٧].

قال[٨]: فإذا حلفوا قضى على أهل المحلة[٩] بالدية، ولا يُستحلف الولىّ.

وقال الشافعى: لا تجب الدية[١٠]؛ لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله بن سَهْل رضى الله عنه[١١]: «تُبْرِئُكم اليهود[١٢] بأيمانها»[١٣]*، ولأن اليمين عُهِدت فى

---

(١) المدعى.

(٢) قوله: "فأولى أن لا يستحق إلخ" جواب عن أحد قولى الشافعى، وهو قول مالك: إنه يجب القصاص بيمينه، وكذلك على قوله الآخر؛ فإنه يقول: يستحق بيمينه النفس إلا أن القصاص يسقط باعتبار الشبهة، فيصار إلى الدية بدلا عن القصاص. (ك)

(٣) القاتل.

(٤) قوله: "يفيد يمين الصالح على العلم" لأن صالحى أهل المحلة إذا علموا القاتل منهم أظهروه ولم يحلفوا. (ك)

(٥) طالح بدكار خلاف صالح. (م)

(٦) أولياء.

(٧) قوله: "لأنه يمين، وليس بشهادة" يحترز بهذا التعليل عن اللعان؛ لأنه شهادة، والأعمى والمحدود فى القذف ليسا من أهل الشهادة. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "على أهل المحلة" أى على عاقلة أهل المحلة، وفى "المبسوط": إنما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة فى ثلاث سنين؛ لأن حالهم هذا دون حال من باشر القتل خطأ، وإذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين، فههنا أولى. (ن)

(١٠) بعد الحلف.

(١١) قوله: "فى حديث عبد الله إلخ" قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة إلى خيبر، وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر يتشحط فى دمه، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ ليخبروا، فأراد عبد الرحمن وهو أخ القتيل أن يتكلم، فقال عليه السلام: «الكبير الكبير» فتكلم أحد عميه حويصة ومحيصة، وهو الأكبر منهما، وأخبره بذلك.

الشرع مبرئًا للمدعى عليه، لا ملزمًا، كما في سائر الدعاوى.

ولنا أن النبى عليه السلام جمع بين الدية والقسامة[١] في حديث سَهْل[٢]، وفي حديث زياد ابن أبي مريم[٣]*، وكذا جمع عمر رضى الله عنه[٤] بينهما على وادعة[٥]. وقوله عليه السلام: «تبرئكم اليهود» محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما[٦] وجب له اليمين.

والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة، فيُقرُّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرًا لوجود القتيل بين أظهرهم، لا بنكولهم، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة، كما في القتل الخطأ[٧].

ومن أبى منهم[٨] اليمين حبس حتى يحلف؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها

قال عليه السلام: «ومن قتله»، قالوا: ومن يقتله سوى اليهود؟ قال عليه السلام: «تبرئكم اليهود بأيمانهم»، فقالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، قال عليه السلام: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم»، فقالوا: كيف نحلف على ما لم نعاين ولم نشاهد؟ فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فواده بمائة من إبل الصدقة. (ع)

(١٢) قوله: "تبرئكم اليهود" أي جعلكم اليهود بريئا بأيمانهم كأنهم إذا حلفوا حصل لهم البراءة منكم، فكأنهم جعلوكم قائلين: برئت إليكم. (أعظمى)

(١٣) رواه البيهقي. (على قارى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٣، والدراية ج٢ ص٢٨٥، الحديث١٠٤٨. (نعيم)

(١) رواه ابن أبي شيبة. (على قارى)

(٢) قوله: "في حديث سهل [في حديث سهل أي في حديث رواه سهل بن أبي حثمة في قصة قتل عبد الله بن سهل، كذا أورد العلي القارئ في "شرح النقاية"]" فحديث سهل ما ذكر، وأما حديث ابن زياد فما روى خصيف عن زياد ابن أبي مريم أنه قال: جاء رجل إلى النبي عليه السلام، وقال: إني وجدت أخي قتيلا في بني فلان، فقال: اختر من شيوخهم خمسين رجلا، فيحلفون بالله ما علمنا له قاتلا، ولا قتلنا، فقال الرجل: وليس لي من أخي إلا هذا، قال: نعم، ومائة من الإبل. (كفاية)

(٣) كذا أورد الذيلي في تخريجه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٣، والدراية ج٢ ص٢٨٥، الحديث١٠٤٩. (نعيم)

(٤) قوله: "وكذا جمع عمر" روى أن قتيلا وجد بين وادعة وأرحب، وكان إلى وادعة أقرب، فقضى عليهم عمر بالقسامة والدية، فقال: وادعى يا أمير المؤمنين! لا أيماننا يدفع عن أموالنا، ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال: إنما حقنتم دماءكم بأيمانكم، وإنما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم. (كفاية)

(٥) اسم قبيلة همدان.

(٦) وهو القصاص.

(٧) فإنه يجب الدية في القتل خطأ بالتقصير في المحافظة.

(٨) أي من أهل المحلة.

تعظيمًا لأمر الدم، ولهذا يجمع بينه وبين الدية.

بخلاف النكول في الأموال[١]؛ لأن اليمين بدلٌ عن أصل حقه، ولهذا يسقط[٢] ببذل المدعى، وفيما[٣] نحن فيه لا يسقط[٤] ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلّة. وكذا إذا ادعى على البعض، لا بأعيانهم، والدعوى في العمد، أو الخطأ؛ لأنهم لا يتميزون عن الباقي.

ولو ادعى على البعض بأعيانهم[٥] أنه قتل وليه عمدًا، أو خطأً، فكذلك الجواب يدلّ عليه إطلاق الجواب في الكتاب[٦]، وهكذا الجواب في "المبسوط"[٧].

وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أن في القياس تسقط القسامة، والدية عن الباقين من أهل المحلّة، ويقال للوليّ: ألك بيّنة، فإن قال: لا، يستحلف المدعى عليه على قتله يمينًا واحدة.

ووجهه[٨] أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص[٩] فيما إذا كان[١٠] في مكان ينسب إلى المدعى عليهم، والمدعى يدّعى القتل عليهم، وفيما وراءه بقى على أصل القياس، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم.

وفي الاستحسان: تجب القسامة، والدية على أهل المحلة؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى، فتوجبه بالنصّ، لا بالقياس.

---

(١) حيث لا يحبس فيها.

(٢) اليمين.

(٣) أي في القتيل الذي وجد في المحلة.

(٤) اليمين.

(٥) قوله: "ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه" إلى آخر قوله: فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى، هكذا في بعض النسخ، واختاره صاحب "العناية"، وفي بعض النسخ: ولو ادعى على البعض بأعيانهم سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، انتهى. واختاره صاحب "الكفاية"، وقال: إن هذه نسخة متفقة، ولكن يرد عليه أنه وعد بيانه ههنا، ثم في الموضع الذي وعد بيانه فيه، قال: وقد ذكرنا فيه القياس، والاستحسان، فتدبر. (مل)

(٦) قوله: "يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب" أي في كتاب القدوري إشارة إلى ما ذكره بقوله: وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله، استحلف خمسون رجلا منهم إلى آخره. (عناية)

(٧) قوله: "وهكذا الجواب في "المبسوط": يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. (ف)

(٨) أي وجه أن القسامة والدية تسقط عن أهل المحلة.

(٩) أي القسامة والدية.

(١٠) القتيل.

بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم؛ لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس، وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يُثْبِتَ ما ادعاه إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه يمينًا واحدة؛ لأنه ليس بقسامة؛ لانعدام النص، وامتناع القياس.

ثم إن حلف برئ، وإن نكل والدعوى في المال ثبت به[١]، وإن كان[٢] في القصاص، فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى[٣].

قال[٤]: وإن لم تكمل أهل المحلة كُرِّرت الأيمان عليهم[٥] حتى يتم خمسين؛ لما روى[٦] أن عمر رضى الله عنه لما قضى في القسامة[٧] وافى إليه تسعة وأربعون رجلا، فكرّر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين، ثم قضى بالدية.

وعن شريح والنخعى رضى الله عنهما مثل ذلك[٨]، ولأن الخمسين واجب بالسنة، فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يُطلَب فيه[٩] الوقوفُ على الفائدة لثبوتها بالسنة، ثم فيه استعظام أمر الدم[١٠]، فإن كان العدد كاملا، فأراد الولىّ أن يكرّر[١١]

---

(١) المال.

(٢) الدعوى.

(٣) قوله: "فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى" بين أبى حنيفة وصاحبيه حيث قال: ومن ادعى قصاصا على غيره، فجحد، استحلف بالإجماع إلى آخره. (ع)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "كررت الأيمان عليهم" لأن تكرار اليمين مشروع، كما فى كلمات اللعان. (ك)

(٦) قوله: "لما روى أن عمر إلخ" روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن أبى مليح أن عمر بن الخطاب رد عليهم "الأيمان حتى وفوا"، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب استحلف امرأة خمسين يمينًا على مولى لها أصيب، ثم جعل عليها دية. (ت)

(٧) قوله: "لما قضى فى القسامة" أى لما أراد القضاء فى القسامة وافى اليمين إليه تسعة وأربعون رجلا، قوله: وافى جواب لما من الموافاة بمعنى الوفاء، وجعله معطوفا على قضى، وجعل أفى من الفيء بمعنى الرجوع يستلزم دخول الفاء فى جواب لما، وهو غير صحيح. (أعظمى)

(٨) قوله: "وعن شريح والنخعى إلخ" قلت: حديث شريح رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه": حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح قال: جاءت قسامة، فلم يوافوا خمسين، فرد عليهم القسامة حتى أوفوا، انتهى، وحديث النخعى رواه عبد الرزاق فى "مصنفه": أخبرنا الثورى عن مغيرة عن إبراهيم قال: إذا لم يبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينًا. (ف)

(٩) أى لا يشتغل بطلب الفائدة فى التكرار.

(١٠) قوله: "ثم فيه استعظام إلخ" وإن سلم لزوم بيان الفائدة فى التكرار، فالفائدة فى التكرار، فالفائدة فيه استعظام أمر الدم. (أعظمى)

(١١) اليمين.

على أحدهم، فليس له ذلك؛ لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال.

قال[١]: ولا قسامة على صبيّ، ولا مجنون؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح، واليمين قول صحيح.

قال[٢]: ولا امرأة، ولا عبد؛ لأنهما ليسا من أهل النصرة، واليمين على أهلها.

قال: وإن وجد ميتًا لا أثر به، فلا قسامة، ولا دية؛ لأنه ليس بقتيل؛ إذ القتيلُ في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حيّ، وهذا ميت حتف أنفه[٣]، والغرامةُ تتبع فعلَ العبد، والقسامةُ تتبع احتمال القتل. ثم يجب عليهم القسم، فلا بد من أن يكون به أثرٌ يُستدل به على كونه قتيلا، وذلك بأن يكون به جراحةٌ، أو أثر ضربٍ، أو خنق. وكذا كإن خرج الدم من عينه[٤]، أو أذنه؛ لأنه لا يخرج منهما إلا بفعلٍ من جهة الحيّ عادة. بخلاف ما إذا خرج من فيه، أو دبره، أو ذكره[٥]؛ لأن الدم يخرج من هذه المخارق[٦] عادةً بغير فعل أحدٍ، وقد ذكرناه في الشهيد[٧].

ولو وجد بدن القتيل، أو أكثر من نصف البدن، أو النصف، ومعه الرأس في محلة، فعلى أهلها القسامة والدية. وإن وجد نصفه مشقوقًا بالطول، أو وجد أقلّ من النصف[٨]، ومعه الرأس، أو وجد يده، أو رجله، أو رأسه، فلا شيء عليهم؛ لأن هذا[٩] حكم عرفناه بالنصّ، وقد ورد به في البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيمًا للآدمي.

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "حتف أنفه" حتف بالفتح مرگ، ومات فلان حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق. (من)

(٤) قوله: "من عينه" قال الإتزاري: صاحب "الهداية" لم يذكر الأنف، والغالب أنه سبق قلم؛ لأنه ذكر في البداية، كما ذكر القدوري، قلت: لا سهو هناك؛ لأن الدم يخرج من الأنف غالبا من الرعاف، وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل، كما إذا خرج من فمه، أو أنفه. (عيني)

(٥) قوله: "أو دبره، أو ذكره" لم يذكر الأنف، وحكمه حكم دبره، وذكره، وذكر الفم مطلقًا، وقد قيل: إذا صعد من جوفه إلى فيه، فهو دليل، وأما إن نزل من رأسه إلى فيه، فليس يصلح دليلا على القتل، ذكره فخر الإسلام في "الزيادات". (عناية)

(٦) أي هذه المنافذ.

(٧) من أن خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها دليل القتل.

(٨) أي إذا ولو كان الأقل معه الرأس. (مجمع الأنهر)

(٩) أي القسامة.

بخلاف الأقل؛ لأنه ليس ببدن، ولا ملحق به، فلا تجرى فيه القسامة، ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان[١] بمقابلة نفس واحدة، ولا تتواليان.

والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقى تجرى[٢] فيه القسامة لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقى، لا تجرى فيه[٣] القسامة تجب[٤]، والمعنى[٥] ما أشرنا إليه، وصلاة الجنازة فى هذا تنسحب[٦] على هذا الأصل؛ لأنها لا تتكرر.

ولو وجد فيهم جنين، أو سَقْطٌ[٧] ليس به أثر الضرب، فلا شىء على أهل المحلة؛ لأنه لا يفوق[٨] الكبير حالا.

وإن كان به أثر الضرب، وهو تام الخلق وجبتَ القسامة والدية عليهم؛ لأن الظاهر[٩] أن تامّ الخلق ينفصل حيًا، وإن كان ناقص الخلق، فلا شىء عليهم؛ لأنه ينفصل ميتًا، لا حيًا.

قال[١٠]: وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجلٌ، فالدية على عاقلته[١١] دون أهل المحلة؛ لأنه فى يده[١٢]، فصار كما إذا كان[١٣] فى داره[١٤]، وكذا إذا كان

(١) قوله: "تتكرر القسامتان والديتان [وذلك لا يجوز. ع]" قيل: كان ينبغى أن يقول: تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية؛ لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً، أو ثبوت الدية مكرراً، وعبارة الشارح تستلزم أن تكون أكثر من القسامتين والديتين، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين تتكرران فى خمسين نفساً. (ع)

(٢) لكونه أكثر.

(٣) لكونه أقل.

(٤) القسامة فى الأول.

(٥) قوله: "والمعنى ما أشرنا إليه" وهو أن تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع. (ك)

(٦) تنفر ع، انسحاب: كشيده شدن. (من)

(٧) مثلثة: بچه' نا تمام اوفتاده. (من)

(٨) أى لأن الجنين أو السقط، فإذا وجد الكبير ميتًا، لا أثر به، فلا شىء فيه، كذا هذا.

(٩) قوله: "لأن الظاهر أن إلخ" إن قيل: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولهذا قلنا: فى عين الصبى ولسانه، وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا، وإن كان الظاهر سلامتها، قلنا: اعتبار الظاهر ههنا؛ لأنه نفس من وجه، ولا كذلك الأطراف؛ لأنها يسلك بها مسلك الأموال، ولا يجب القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها، وأما الجنين: فنفس من وجه، وعضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق، وبه أثر الضرب، فالظاهر أنه ينفصل حيًا اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود فى المحلة، وبه أثر الجراحة يحكم أنه مقتول، وتجب القسامة والدية اعتباراً للظاهر، وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه تعظيمًا للدم، وإذا انفصل ناقصًا اعتبرنا فيه جهة العضو، ولم توجب الدية التى لها خطر؛ إذ لا يتيقن بانفصاله حيًا، ولا ظاهر يشهد بذلك. (ك)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "على عاقلته" أى عاقلة السائق، سواء كان السائق مالكا للدابة، أو غير ذلك. (ن)

قائدها، أو راكبها، فإن اجتمعوا[١] فعليهم؛ لأن القتيل فى أيديهم، فصار كما إذا وجد فى دارهم.

قال[٢]: وإن مَرّت دابة بين قريتين، وعليها قتيلٌ، فهو على أقربهما[٣]؛ لما روى: «أن النبى عليه السلام[٤] أتى بقتيل وُجد بين قريتين فأمر أن يذرع»*. وعن عمر رضى الله عنه[٥] أنه لما كتب إليه[٦] فى القتيل الذى وجد بين وادعة وأرحب[٧]، كتب بأن يقيس بين قريتين، فوجد القتيل إلى وادعة أقرب، فقضى عليهم بالقسامة**. قيل: هذا[٨] محمول على ما إذا كان[٩] بحيث يبلغ أهله الصوت[١٠]؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه[١١] الغوث، فتمكنهم النصرة، وقد قصّروا.

قال[١٢]: وإن وجد القتيل فى دار إنسان، فالقسامة عليه[١٣]؛ لأن الدار فى

---

(١٢) قوله: "لأنه فى يده" وعن أبى يوسف فى غير رواية الأصول أنه كان يفصل الجواب، ويقول: إن هذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشماً مختفياً سراً؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل. فأما إذا كان يسوقها غير محتشم نهاراً جهاراً، فلا شىء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه، أو جده، أو أحداً من أقرباءه ميتاً، وينقله إلى بلده. (ن)

(١٣) القتيل.

(١٤) أى فى دار رجل.

(١) أى القائد، والراكب، والسائق.

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) أى ديته على أهل أقربهما.

(٤) قوله: "لما روى إلخ" قلت: رواه أبو داود الطيالسى وإسحاق بن راهويه والبزار فى "مسانيدهم"، والبيهقى فى "سننه".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٦، والدراية ج٢ ص٢٨٦، الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٥) قوله: "وعن عمر إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (ت)

(٦) والكاتب هو عامل عمر رضى الله عنه.

(٧) قبيلتان من همدان.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٧، والدراية ج٢ ص٢٨٧ تحت الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٨) أى القضاء على أقربهما. (ك)

(٩) القتيل.

(١٠) أى أهل الأقرب.

(١١) ميّت.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "فالقسامة عليه" لأن الدار فى يده، فصار صاحب الدار مع أهل المحلة بمنزلة أهل المحلة مع أهل المصر، فلما لم يدخل أهل المصر مع أهل المحلة، كذلك لا يدخل أهل المحلة مع صاحب الدار فى القسامة، كذا فى "شرح الأقطع". (ك)

يده[١]، والدية على عاقلته؛ لأن نصرته منهم، وقوته بهم.

قال[٢]: ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك[٣] عند أبي حنيفة، وهو قول محمد. وقال أبو يوسف[٤]: هو عليهم[٥] جميعًا؛ لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك، تكون بالسكنى. ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة[٦]، والدية على اليهود، وإن[٧] كانوا سكّانًا بخيبر*. ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان[٨]؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وقرارهم أدومُ، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم. وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم[٩] على أملاكهم، وكان يأخذ منهم على وجه الخراج[١٠]**.

قال[١١]: وهو[١٢] على أهل الخِطّة[١٣] دون المشترين[١٤]، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: الكلُّ مشتركون؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن

---

(١) قوله: "لأن الدار في يده" وهذا إذا كان العاقلة غيبًا توفيقًا بينه وبين ما يجيء من قوله: فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه إلى آخره، أو هذا جواب القياس، وذلك جواب الاستحسان. (حميدية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "ولا تدخل السكان [بإجارة، أو بإعارة] في القسامة مع الملاك" يعني إذا كان في المحلة سكان وملاك. (ك)

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف" وهذا قوله الآخر، وكان قوله الأول كقولهما، ثم رجع إلى هذا القول، وهو قول ابن أبي ليلى. (ن)

(٥) أي على السكان والملاك.

(٦) قوله: "جعل" روى في "المبسوط" عن أبي أيوب مولى أبي قلا: عن أبي قلابة أنه قضى رسول الله ﷺ بالقسامة والدية على أهل خيبر في قتيل وجد بين أظهرهم، كذا قال على القاري في "شرح النقاية".

(٧) الواو وصلية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٧، والدراية ج٢ ص٢٨٧ تحت الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٨) قوله: "دون السكان" لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. (ن)

(٩) فهم كانوا ملاكًا.

(١٠) أي خراج المقاسمة.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٧، والدراية ج٢ ص٢٨٧، الحديث ١٠٥١. (نعيم)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "وهو [أي وجوب القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم. ع] على أهل الخطة" أي أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة، وقسمها بين الغانمين بخط خط ليتميز أنصباءهم. (ك)

(١٣) قوله: "الخطة [خطه زمين كه دران فرود آيند وپيش ازان كسى فرود نيامده باشد. من]" هو المكان المختط لبناء دار وغير ذلك من العمارات. (ن)

(١٤) من أهل الخطة.

له ولاية الحفظ، وبهذا الطريق يُجْعل جانيًا مقصرًا، والولاية[١] باعتبار الملك، وقد استووا فيه[٢].

ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف[٣]، ولأنه أصيلٌ، والمشترى دخيلٌ، وولايةُ التدبير إلى الأصيل، وقيل: أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة[٤].

قال[٥]: وإن بقي واحد منهم فكذلك، يعني من أهل الخطة؛ لما بينا[٦]، وإن لم يبقَ واحد منهم بأن باعوا كلهم، فهو على المشترين؛ لأن الولاية انتقلت إليهم[٧]، أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم، أو يزاحمهم.

وإذا وجد[٨] قتيل في دار، فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه[٩]، وتدخل العاقلة في القسامةإن كانوا حضوراً، وإن كانوا غُيَّبًا، فالقسامة على ربّ الدار يكرر عليه الأيمان، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة؛ لأن رب الدار أخص به من غيره، فلا

---

(١) أى ولاية الحفظ. (ك)

(٢) أى أهل الخطة والمشترون.

(٣) قوله: "هو المتعارف" فإن قلت: ما الفرق لهما بين المحلة والدار، لو كان مشتريًا، وصاحب خط، ووجد القتيل فيها، فهما متساويان فى القسامة والدية، ولا فرق بينهما بالإجماع، وفى حق المحلة فرق بينهما.

قلت: الفارق بينهما العرف، فإن فى العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة فى التدبير، والقيام بحفظ المحلة، وليس حق الدار كذلك. (ن)

(٤) قوله: "على ما شاهد بالكوفة" أى شاهد من عادة أهل الكوفة فى زمانه، وهو أن أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة، ولا يشاركهم المشترون فى ذلك، فبنى الجواب على ما شاهد. (ن)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: صاحب الخطة هو المختص، أو هو قوله: لأنه أصيل، والمشترى دخيل. (ع)

(٧) قوله: "لأن الولاية انتقلت إليهم" أى على قول أبى حنيفة ومحمد؛ لزوال من يتقدمهم، أو خلصت لهم أى على قول أبى يوسف؛ لما أن الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشترين، فالآن خلصت للمشترين لزوال من يزاحمهم. (ك)

(٨) قوله: "وإذا وجد إلخ" يعنى إذا وجد القتيل فى دار، فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات، وفى القسامة روايتان، ففى إحداهما تجب على صاحب الدار، وفى الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يتراءَى من التدافع بين قوله: قبل هذا، وإن وجد القتيل فى دار إنسان، فالقسامة عليه، وبين قوله: ههنا، فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه، فيحمل هذا على رواية، وذلك على رواية أخرى، وحكى عن الكرخى أنه كان يوفق بينهما، ويقول: الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيبًا، والرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، كذا فى "الذخيرة"، والمذكور فى الكتاب يدل على أنها عليهما جميعًا إذا كانوا حضورا، ويوافقه رواية فتاوى العتابى. (ع)

(٩) أى العاقلة.

يشاركه غيرُه فيها[١] كأهل المحلة لا يشاركهم فيها[٢] عواقلهم .

ولهما أن الحضور لزمتهم نصرةُ البقعة ، كما تلزم[٣] صاحب الدار ، فيشاركونه[٤] في القسامة .

قال : فإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل ، وعشرها لرجل ، ولآخر ما بقى ، فهو على رؤوس الرجال ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير ، فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة[٥] .

قال[٦] : ومن اشترى داراً ، ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل ، فهو على عاقلة البائع ، وإن كان فى البيع خيار لأحدهما ، فهو[٧] على عاقلة الذى فى يده ، وهذا عند أبى حنيفة .

وقالا[٨] : إن لم يكن فيه خيار ، فهو على عاقلة المشترى[٩] ، وإن كان فيه خيار ، فهو على عاقلة الذى تصير له ؛ لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولايةُ الحفظ ، والولاية[١٠] تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية[١١] على عاقلة صاحب الدار دون المودع .

والملك للمشترى قبل القبض فى البيع الباتّ ، وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار

(١) القسامة.

(٢) قسامة.

(٣) النصرة.

(٤) عواقل حاضرين.

(٥) قوله: "بمنزلة الشفعة" فإنها على عدد الرؤوس، لا على قدر الأنصباء عندنا. (ك)

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) أى المذكور هو الدية.

(٨) قوله: "وقالا: إلخ" حاصل الاختلاف أن أبا حنيفة اعتبر اليد، وهما اعتبرا الملك، وهذا الاختلاف بيننا وبينهم بعد ما أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل بولاية الحفظ؛ لأنه ضمان ترك الحفظ، فبعد ذلك قال أبو يوسف ومحمد: ولاية الحفظ تستفاد بالملك، فيعتبر الملك، وأبو حنيفة يقول: حقيقة القدرة تثبت باليد إلا أن الملك سبب اليد، فإذا كان الملك لأحدهما، واليد لآخر كان اعتبار اليد أولى. (ن)

(٩) قوله: "فهو على إلخ" الحاصل أن أبا حنيفة اعتبر اليد، وهما اعتبرا الملك إن وجد، وإلا فيتوقف على قرار الملك. (ك)

(١٠) أى ولاية الحفظ.

(١١) قوله: "ولهذا كانت الدية" أى لكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية فى هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه، وإن كان له يد. (ع)

الملك، كما في صدقة الفطر[١]، وله أن القدرة[٢] على الحفظ باليد[٣]، لا بالملك.
ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقتدر بالملك بدون اليد، وفي الباتّ اليد[٤] للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض؛ لأنه دون الباتّ، ولو كان المبيع في يد المشتري، والخيار[٥] له، فهو أخص الناس به تصرفًا، ولو كان الخيار للبائع[٦]، فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب، فتعتبر يده؛ إذ بها يقدر على الحفظ.

قال[٧]: ومن كان في يده دار، فوجد فيها قتيلٌ لم تعقله العاقلة[٨] حتى تشهد الشهود[٩] أنها[١٠] للذي في يده؛ لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، واليد وإن[١١] كانت دليلا على الملك، ولكنها محتملة، فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة، كما لا تكفي[١٢] لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة، فلا بد من إقامة البينة.

قال[١٣]: وإن وجد قتيل في سفينة، فالقسامة على من فيها من الرُّكاب

---

(١) قوله: "كما في صدقة الفطر" بأن باع العبد بالخيار، فصدقة الفطر على من تقرر له الملك. (مل)

(٢) قوله: "وله أن القدرة إلخ" ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد بها؛ لأنه قد اندرج في دليله، وذلك لأنه قال: إن القدرة على الحفظ باليد أطلق اليد، والمطلق ينصرف إلى الكامل في اليد أي أصالة، ويد المودع ليست كذلك، وكذلك المستعير والمستأجر، قيل: ما الفرق لأبي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر، فإنه يعتبر فيه الملك في الثانية دون الأولى، فالجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك، فكانت على المالك، والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ، والحفظ إنما يتحقق باليد؛ لما ذكر من الدليل. (عناية)

(٣) أي بملك اليد، لا بمجرد اليد احترازًا عن المودع.

(٤) أي أصالة؛ لأنه لم يخرج عن ملك البائع يدًا، بخلاف المودع، فإن يده يد نيابة.

(٥) الواو حالية.

(٦) والمبيع في يد المشتري.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) أي عاقلة الذي هي في يده.

(٩) قوله: "حتى تشهد الشهود إلخ" يعني إذا أنكرت العاقلة أن يكون الدار له، وقالوا: هي وديعة في يده، وهذا لما عرف أن الظاهر حجة للدفع، لا للاستحقاق، وقد احتجنا إلى الاستحقاق ههنا، فوجب إثباته بالبينة، ولا يلزم أن أبا حنيفة يعتبر اليد في استحقاق الدية، كما ذكرنا آنفًا؛ لأنه يعتبر يد الملك، لا مجرد اليد، ولم يثبت ههنا يد الملك إلا بالبينة. (ك)

(١٠) دار.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "كما لا تكفي [اليد] إلخ" أي كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت، فأنكر المشتري أن تكون الدار التي في يد الشفيع ملكًا له، فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك. (كفاية)

والملاحين؛ لأنها[١] في أيديهم، واللفظ يشمل أربابها[٢] حتى تجب على الأرباب الذين فيها، وعلى السكان[٣].

وكذا على من يمدها والمالك في ذلك، وغير المالك سواء، وكذا العجلة[٤]، وهذا[٥] على ما روى عن أبي يوسف ظاهر[٦].

والفرق لهما أن السفينة تُنقل وتحول، فيُعتبر فيها اليد دون الملك[٧]، كما في الدابة، بخلاف المحلّة والدار؛ لأنها لا تُنقل.

قال[٨]: وإن وجد[٩] في مسجد محلة، فالقسامة على أهلها[١٠]؛ لأن التدبير فيه[١١] إليهم، وإن وجد في المسجد الجامع، أو الشارع الأعظم[١٢]، فلا قسامة[١٣] فيه، والدية على بيت المال؛ لأنه[١٤] للعامة لا يختص به واحدٌ منهم، وكذا الجسور[١٥] للعامة، ومال بيت المال مال عامة المسلمين.

---

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١) سفينة.

(٢) قوله: "يشمل أربابها [أي لفظ القدوري، وهو من فيها]" أي يشمل ملاكها وغير ملاكها. (نهاية)

(٣) قوله: "وعلى السكان" وذكر شيخ الإسلام قال بعض المشايخ: إنما يجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف، فإن كان فالقسامة عليه. (ك)

(٤) ارابه، گردون كه بدان بار كنند.

(٥) قوله: "وهذا" أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روى عن أبي يوسف أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك ظاهر، وأما على قول أبي حنيفة ومحمد، فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب. (ع)

(٦) قوله: "ظاهر" لأنه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء، فكذا في القتيل الموجود في السفينة، وأما عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك؛ لأن التدبير في المحلة إلى الملاك دون السكان، وفي السفينة أنهم في تدبيرها سواء إذا حدثهم أمر. (كافي)

(٧) قوله: "فيعتبر فيها اليد دون الملك" فإنها مركب كالدابة، فكما أن المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك، فكذا في القتيل الموجود في السفينة، وهم في اليد عليها سواء. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قتيل.

(١٠) محلة.

(١١) المسجد.

(١٢) قوله: "أو الشارع الأعظم [شارع راه بزرگ. م]" في "المغرب": الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازي، أو هو من قولهم: شرع الطريق أي تبين. (ك)

(١٣) قوله: "فلا قسامة" لأن المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل، وذلك لا يتحقق في حق جماعة المسلمين. (ك)

(١٤) أي لأن المسجد الجامع، أو الشارع الأعظم.

(١٥) قوله: "الجسور [پل]" الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح. (ك)

ولو وجد في السوق إن كان مملوكًا، فعند أبي يوسف تجب على السكان[١]، وعندهما على المالك، وإن لم يكن مملوكًا كالشوارع العامة التى بنيت[٢] فيها، فعلى بيت المال[٣]؛ لأنه[٤] لجماعة المسلمين.

ولو وجد في السجن، فالدية على بيت المال، وعلى قول أبي يوسف: الدية والقسامة على أهل السجن؛ لأنهم سكّان، وولاية التدبير إليهم، والظاهر أن القتل حصل منهم. وهما يقولان: إن أهل السجن مقهورون، فلا يتناصرون، فلا يتعلّق بهم ما يجب[٥] لأجل النصرة[٦]، ولأنه[٧] بنى لاستيفاء حقوق المسلمين، فإذا كان غنمه[٨] يعود إليهم، فغرمه يرجع عليهم[٩]، قالوا: وهذه فُرَيعة المالك والساكن، وهى مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال[١٠]: وإن وجد[١١] فى بريّة ليس بقربها عمارة، فهو هدر، وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت؛ لأنه[١٢] إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغَوث من غيره، فلا يوصف أحدٌ بالتقصير، وهذا إذا لم تكن[١٣] مملوكة لأحد، أما إذا كانت[١٤]، فالديةُ

(١) سواء كان السكان ملاكًا أو غير ملاك. (ع)

(٢) السوق.

(٣) قوله: "فعلى بيت المال" قال فى "النهاية": وإنما أراد بـه أن يكون نائيا عن المحال، أما الأسواق التى تكون فى المحال، فهى محفوظة بحفظ أهل المحلة، فيكون القسامة والدية على أهل المحلة.

وكذا فى السوق النائى إذا كان من يسكنها فى الليالى، أو كان لأحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه؛ إذ يلزمه صيانة ذلك الموضع، فيوصف بالتقصير، فيجب عليه موجب التقصير. (ع)

(٤) السوق.

(٥) أى الدية والقسامة.

(٦) أى لأجل ترك النصرة.

(٧) أى لأن السجن.

(٨) السجن.

(٩) فيكون من بيت المال.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قتيل.

(١٢) القتيل.

(١٣) قوله: "إذا لم تكن" ولا يكون لأحد يد فيها، وأما إذا كانت تلك البرية فى أيدى المسلمين، بأن كان مثلا فيها منفعة المسلمين بالاحتطاب والاحتشاش وغيرهما، كذا فى "محيط السرخسى"، فالدية حينئذٍ فى بيت المال، قال قاضى خان: إن وجد القتيل فى موضع مباح نحو الفلاة إلا أنه فى أيدى المسلمين، كانت الدية فى بيت المال، انتهى. (مل)

(١٤) مملوكة لأحد.

والقسامة على عاقلته[١].

وإن وجد[٢] بين قريتين كان على أقربهما، وقد بيناه[٣]، وإن وُجد في وسط الفرات[٤] يمر به الماء، فهو هدر؛ لأنه[٥] ليس في يد أحد، ولا في ملكه.

وإن كان محتبساً بالشاطئ[٦]، فهو على أقرب القرى[٧] مِن ذلك المكان على التفسير الذي تقدم[٨]؛ لأنه أخص بنصرة هذا الموضع، فهو[٩] كالموضوع على الشط، والشطر في يد مَنْ هو بقربٍ منه. ألا ترى أنهم[١٠] يستقون منه الماء، ويوردون بهائمهم فيها، بخلاف النهر الذي يستحق[١١] به الشفعة لاختصاص أهلها به[١٢] لقيام يدهم عليه[١٣]، فتكون القسامة والدية عليهم.

قال[١٤]: وإن ادّعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة

---

(١) المالك.

(٢) قتيل.

(٣) قوله: "وقد بيناه" يعني في مسألة وإن مرت دابة بين قريتين، وعليها قتيل. (عناية)

(٤) قوله: "في وسط الفرات [نهر الكوفة]" يريد به الفرات، وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص، بل الماء ما دام جارياً بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط، قالوا: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب؛ لأنه إذا كان كذلك، فقد يكون هذا قتيل دار الشرك، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام، فيجب الدية في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين، فسواء كان قتيل مكان الانبعاث، أو مكان آخر دون ذلك، فهو قتيل المسلمين، فيجب الدية في بيت المال. (ع)

(٥) الفرات.

(٦) شاطئ -بكسر طاء وهمزه در آخر- كنار دريا ووجوى. (م)

(٧) قوله: "فهو على أقرب القرى" وهذا إذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع، ونادى بأعلى صوته، وإن كانوا لا يسمعون ذلك لا شيء عليهم فيه، هكذا فسره الكرخي، وفي "الذخيرة": وأما إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت، لا يجب عليهم الشيء، وإنما يجب في بيت المال، لأنه تحت يد عامة المسلمين. (كفاية)

(٨) قوله: "على التفسير الذي تقدم" أراد به قوله: قيل: هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت. (ع)

(٩) قتيل.

(١٠) أهل أقرب القرى.

(١١) قوله: "يستحق" استحقاق الشفعة يكون في الشركة في الشرب الخاص، والشرب الخاص أن يكون نهر لا تجرى فيه السفن، وما تجرى فيه، فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وعن أبي يوسف: أن الشرب الخاص أن يكون نهراً يستقى منه قراحان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك، فهو عام، كذا قال المصنف في كتاب الشفعة.

(١٢) نهر.

(١٣) نهر.

(١٤) أي القدوري. (عيني)

عنهم[١] وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس والاستحسان[٢].

قال: وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم[٣]، ووجه الفرق قد بيناه من قبلُ[٤]، وهو أن وجوب القسامة عليهم دليلٌ على أن القاتل منهم، فتعيينُه واحداً منهم لا ينافي[٥] ابتداء الأمر؛ لأنه منهم.

بخلاف ما إذا عيّن من غيرهم؛ لأن ذلك[٦] بيان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم؛ لكونهم قتلةً تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم[٧]، وسقط[٨] لفقد شرطه[٩].

قال[١٠]: وإذا التقى قوم بالسيوف، فأجلوا[١١] عن قتيل، فهو على أهل المحلة[١٢]؛ لأن القتيل[١٣] بين أظهرهم[١٤]، والحفظ عليهم.

---

(١) ولا الدية عن عواقلهم. (ع)

(٢) قوله: "وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس إلخ" هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله: وسنذكره من بعدُ إن شاء الله تعالى، وههنا قال: وقد ذكرناه، فلعله رحمه الله تعالى توهم أنه ذكره، وقيل: في بعض النسخ ذكره، ثم فعلى هذا يستقيم قوله: وقد ذكرناه. (ك)

(٣) قوله: "سقطت عنهم" أي سقط القسامة والدية، ويحلف المدعى عليه يميناً واحداً. (ن)

(٤) قوله: "قد بيناه من قبلُ" يريد به قوله: هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة. (ع)

(٥) قوله: "لا ينافي إلخ" فإن الشارع أوجب القسامة ابتداء على أهل المحلة، فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ما شرعه الشارع ابتداءً، وفي "المبسوط": وإن ادعى أهل القتيل على بعض أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم، فقالوا: قتله فلان عمداً، أو خطأً لم يبطل بهذا حقه، وفيه القسامة والدية، لأنهم ذكروا ما كان معلوماً، لنا بطريق الظاهر، وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة لكنا لا نعلم ذلك حقيقةً، وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوماً، لنا حقيقة أنه هو القاتل، فإذا لم يسقط بهذه الدعوى شيئاً لا يتغير الحكم به، فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة. (ك)

(٦) تعيين غير.

(٧) قوله: "امتنع دعواه عليهم" للتناقض؛ لأنه لما ادعى على غير أهل المحلة، فقد أبرأ أهل المحلة من ذلك حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض، كذا في "المبسوط". (ك)

(٨) الغرامة.

(٩) دعوى الولي.

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) أي انكشفوا عنه وانفرجوا.

(١٢) قوله: "فهو على أهل المحلة" قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في "كشف الغوامض": وهذا إذا كان الفريقان مسلمين اقتتلوا عصبية، فإن كانوا مشركين، أو خوارج، فلا شيء فيه، ويجعل ذلك من إصابة العدو. (ك)

(١٣) قوله: "لأن القتيل إلخ" فإن قيل: إن الظاهر أن قاتله غير أهل المحلة، فإنه من خصمائه، وأجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة، فيتعلق بالسبب الظاهر، وهو وجود قتيل في محلتهم. (ع)

إلا أن يدعي الأولياء على أولئك، أو على رجل منهم بعينه، فلم يكن على أهل المحلة شيء؛ لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة.

قال[1]: ولا على أولئك حتى يقيموا البينة؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق[2] للحديث الذي رويناه[3]، أما يسقط به الحقّ عن أهل المحلة[4]؛ لأن قوله[5] حجة على نفسه.

ولو وجد قتيل في معسكر[6] أقاموا بفلاة[7] من الأرض، لا ملك لأحد فيها، فإن وُجد في خباء[8]، أو فسطاط[9]، فعلى من يسكنها الدية والقسامة، وإن كان[10] خارجًا من الفُسطاط، فعلى أقرب الأخبية[11]؛ اعتبارًا لليد عند انعدام الملك.

وإن كان القوم[12] لقوا قتالا[13]، ووجد قتيلٌ بين أظهرهم، فلا قسامة، ولا دية؛ لأن الظاهر أن العدوّ قتله[14]، فكان هدرًا، وإن لم يلقوا عدوًّا، فعلى ما بيناه[15]،

---

(١٤) قوله: "بين أظهرهم [يعني بينهم. ع]" الأظهر والظهر يجيئان مقحمين، كما في قوله ﷺ: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» أي صادرة عن غنى. (م)

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) أي الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه. (ن)

(٣) قوله: "للحديث الذي رويناه" أي في أوائل باب القسامة وأوله قوله عليه السلام: «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، لايقال: الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. (م)

(٤) أي بالدعوى على أولئك، أو على رجل منهم.

(٥) المدعي.

(٦) لشكر گاه.

(٧) بالفتح: بيابان خالى از آب گياه كذا صحراء فراخ. (م)

(٨) بالكسر ومد همزة: الخيمة من الصوف. (م)

(٩) قوله: "أو فسطاط [الخيمة العظيمة، فكان أعظم من الخباء. ع]" فسطاط خيمه وخرگاه بزرگ وسرا پرده جماعه انبوه از اهل شهر. (م)

(١٠) قتيل.

(١١) قوله: "فعلى أقرب الأخبية" قيل: هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين، فالدية والقسامة عليهم. (م)

(١٢) العسكر.

(١٣) مع العدو، يجوز أن يكون مفعولا مطلقا؛ لأن لقوا في معنى المقاتلة، وأن يكون حالا أي القتال. (عناية)

(١٤) قوله: "لأن الظاهر أن العدو قتله" ولهذا كان شهيدا؛ إذ الظاهر أن الإنسان بعد الالتقاء إنما يقتل من يعاديه، لا من يؤازره، وإنما أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر، وقد عدم ههنا. بخلاف ما إذا اقتتل الفريقان من المسلمين غضبة كالكلاباذى والدروازكے ببخارا إذ ليس فى إضافة القتل إلى العدو حمل أمر المسلمين على الصلاح؛ إذ الفريقان مسلمان، فبقى حال القتيل مشكلا، فيجب القسامة والدية على أهل المكان،

وإن كان للأرض[١] مالك، فالعسكر كالسكّان، فيجب على المالك عند أبي حنيفة، خلافًا لأبي يوسف، وقد ذكرناه[٢].

قال[٣]: وإذا قال المستحلف: قتله فلانٌ أُستُحلِف بالله ما قتلتُ، ولا عرفت له قاتلا غير فلان؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه[٤] بقوله[٥]، فلا يقبل[٦]، فيحلّف على ما ذكرنا؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صارت مستثنى عن اليمين[٧]، فبقي حكم من سواه، فيحلف عليه[٨].

قال[٩]: وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه[١٠] قتل لم تقبل شهادتهما، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: تُقبل؛ لأنهم كانوا بعُرضة[١١] أن يَصيروا خُصَماء، وقد بطلت العرضة بدعوى الولي القتل على غيرهم، فتقبل شهادتهم كالوكيل[١٢] بالخصومة إذا عُزل قبل الخصومة. وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم، فلا تقبل شهادتهم وإن[١٣] خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج[١٤] من الوصاية بعد ما قبلها، ثم شهد[١٥] قال رضي الله عنه[١٦]: وعلى

كذا في "المبسوط". (كفاية)

(١٥) قوله: "فعلى ما بيناه" يعني إذا لم يقاتلوا عدوًا، فإن وجد في خباء، أو فسطاط، فعلى من يسكنها، وإن كان خارجًا، فعلى أقرب الأخبية؛ لأن ذلك الموضع في يد أقرب أهل أخبية. (ك)

(١) التي أقام فيها العسكر.

(٢) قوله: "وقد ذكرناه" إشارة إلى ما ذكر عند قوله: ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة، وهو قول محمد، فقال أبو يوسف: هو عليهم. (عناية)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله: قتله فلان. (م)

(٥) يعني قتله فلان.

(٦) قوله.

(٧) قوله: "صار إلخ" أي غاية ما في الباب أنه صار مستثنى عن يمينه حيث قال: قتله فلان، فيحلف على أنه ما قتله، ولا أعرف له قاتلا غير فلان. (م)

(٨) مستحلف.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) الرجل.

(١١) قوله: "بعرضة" جعلته عرضة لكذا يعني آماده وبرپا كردم آن را براى كارى، وجاء العرضة بمعنى الاعتراض في الخير والشر، كذا في "منتهى الأرب".

(١٢) فتقبل شهادته في تلك الحادثة.

(١٣) الواو وصلية.

الأصلين[١] هذين يتخرج كثيرٌ من المسائل من هذا الجنس[٢].

قال: ولو ادّعى[٣] على واحد من أهل المحلة بعينه، فشهد شاهدان من أهلها[٤] عليه لم تقبل الشهادة؛ لأن الخصومة قائمة مع الكلّ على ما بيناه[٥]، والشاهد يقطعها عن نفسه، فكان متّهمًا.

وعن أبي يوسف أن الشهود يُحَلّفون بالله[٦] ما قتلناه، ولا يزدادون على ذلك[٧]؛ لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل.

قال: ومن جُرح[٨] في قبيلة، فنقل إلى أهله، فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحبَ فراش[٩] حتى مات، فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة.

---

(١٤) بأن بلغ الغلام، أو عزله القاضي. (ك)

(١٥) لا تقبل شهادته.

(١٦) أي المصنف.

(١) قوله: "وعلي الأصلين" يعني الأُصلين المجمع عليهما، أحدهما: إن كل من انتصب خصمًا في حادثة، ثم خرج من كونه خصمًا لم يقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع كالوكيل إذا خاصم، ثم عزل، والثاني: إذا كانت لرجل عرضة أن يصير خصمًا، ثم بطلت تلك العرضة، فشهد، قبلت شهادته بالإجماع، وأبو حنيفة جعل ما نحن فيه من الأصل الأول؛ لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة؛ لوجود القتيل بين أظهرهم، فإنه السبب الموجب للقسامة والدية، وبدعوى الولي القتيل على غير أهل المحلة لما تبين أن هذا السبب لم يكن، لكن خرجوا بذلك عن كونهم خصمًا، وهما جعلاه من الأصل الثاني؛ لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضة، فتقبل شهادتهم. (ع)

(٢) قوله: "يتخرج إلخ" أما على الأصل الأول: فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم، ثم عزل، كما مر، والوصي في حقوق اليتيم خاصم، أو لم يخاصم.

وأما على الثاني: فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشترى بالشراء، وهما لا يطلبان الشفعة تقبل؛ لأنهما ما صارا خصمين، بل صارا بعرضة ذلك، ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب بصيرورتهما خصمين. (مل)

(٣) الولي.

(٤) محلة.

(٥) قوله: "على ما بيناه" إشارة إلى ما ذكر في مسألة، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه في بيان الفرق بقوله: وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم، فتعيينه واحدًا منهم لا ينافي ابتداء الأمر. (عناية)

(٦) بحلف القسامة.

(٧) بأن يقولوا: ما عرفنا له قاتل.

(٨) قوله: "ومن جرح" يعني ولم يعلم الجارح؛ لأنه لو علم سقط القسامة، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمدًا، والدية على العاقلة إذا كان خطأ. (ع)

(٩) قوله: "فإن كان صاحب إلخ" أي لو كان المجروح صاحب فراش حتى جرح في تلك القبيلة، ثم نقل إلى أهله، فمات، وإنما قيد به؛ لأنه لو كان صحيحًا يجيء ويذهب حين جرح، ثم مات في أهله، فلا شيء فيه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

وقال أبو يوسف: لا قسامة، ولا دية؛ لأن الذى حصل فى القبيلة، أو المحلة ما دون النفس، ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش.

وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا، ولهذا وجب القصاص، فإن كان صاحب فراش أضيف[١] إليه، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح، فلا يلزم بالشك[٢].

ولو أن رجلا معه جرحٌ به رَمَقٌ[٣] حمله إنسان إلى أهله، فمكث يوما، أو يومين، ثم مات لم يضمن الذى حمله إلى أهله فى قول أبى يوسف، وفى قياس قول أبى حنيفة: يضمن؛ لأن يدَه بمنزلة المحلة، فوجودُه جريحًا فى يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله منْ مسألة القبيلة[٤].

ولو وُجد الرجل قتيلا في دار نفسه، فديته على عاقلته لورثته[٥] عند أبى حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: لا شيء فيه؛ لأن الدار فى يده حين وجد الجرح، فيجعل كأنه قتل نفسه، فيكون هدرًا.

وله أن القسامة[٦] إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل فى الدية من

---

(١) القتل.

(٢) القسامة والدية.

(٣) بقية جان.

(٤) قوله: "فيما قبله من مسألة القبيلة" وهو ومن جرح فى قبيلة، وفى "المبسوط": بعد ما ذكر مسألة القبيلة، وعلى هذا التخريج إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته، فمات بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحب فراش حتى مات، فهو على الذى يحمله، كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب ويجيء، فلا شيء على من حمله، وفى قول أبى يوسف: لا شيء فى الوجهين. (ك)

(٥) قوله: "فديته على عاقلته لورثته" اعلم أن المصنف قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة، ثم قال فى دليله: وحال ظهور القتل الدار للورثة، فيجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر، ومخالفة بين الدليل والمدلول، ودفع ذلك بأن يقال: عاقلة الميت، أما أن تكون عاقلة الورثة، أو غيرهم، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت، وهم عاقلة الورثة، فلا تنافي بينهم، وإن كان الثانى: كان الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل واحد منهما ممكنًا أشار إلى الأول فى حكم المسألة، وإلى الثانى فى دليلها، وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله: فديته على عاقلته مضاف أى على عاقلة ورثته. (ع)

قوله: "لورثته" فإن قيل: إذا قلتم: إن الدية تجب على عاقلة الورثة، فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم، قلنا: إن الدية تجب للمقتول حتى يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، ثم يخلف الوارث فيه، وهو نظير الصبى والمعتوه، إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته، ويكون ميراثًا له. (ن)

(٦) قوله: "وله أن القسامة إلخ" اعلم أنه رحمه الله وضع قبل ذلك الدية فى الحكم والقسامة فى دليل أبى حنيفة إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية، وهو اختيار بعض المشايخ، فإن القسامة لم تذكر فى الأصل، واختلف المشايخ فى وجوبها على العاقلة على قول أبى حنيفة، فمنهم من قال: لا تجب؛ لأنها تختص بمن يعلم بحال القتيل،

مات[١] قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة، فتجب[٢] على عاقلتهم[٣].

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه؛ لأن حال ظهور قتله بقيت[٤] الدار على حكم ملكه، فيصير كأنه قتل نفسه، فيهدر دمه.

ولو أن رجلين كانا في بيت، وليس معهما ثالث، فوجد أحدهما مذبوحًا، قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية. وقال محمد: لا يضمنه؛ لأنه يحتمل أنه قَتَلَ نفسَه، ويحتمل أنه قتله الآخر، فلا يضمنه[٥] بالشك. ولأبي يوسف: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسَه، فكان التوهم ساقطًا، كما إذا وُجد قتيلٌ في محلّة[٦].

ولو وجد قتيلٌ في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرّر[٧] عليها الأيمانُ، والديةُ على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب. وقال أبو يوسف: القسامة على العاقلة أيضًا[٨]؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة، والمرأة ليست من أهلها[٩]، فأشبهت الصبيّ.

ولهما أن القسامة لنفي التهمة، وتهمة القتل من المرأة متحققة[١٠]، قال المتأخرون[١١]: إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل[١٢] في هذه المسألة؛ لأنا أنزلناها قاتلةً[١٣]، والقاتل يشارك العاقلة[١٤].

وليس ههنا من يعلمه، فلا يلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب؛ لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله، فقتلوه في داره، فيكون ثمه من يعلم بحاله، واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية؛ لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية. (ع)

(١) من العاقلة.

(٢) الدية.

(٣) ورثة.

(٤) فبقاء عقد الكتابة بعد ما وجد، هو قتيلا فيه. (كافى)

(٥) الآخر.

(٦) قوله: "كما إذا وجد قتيل في محلة" يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود، ولم يعتبر ههنا، فكذلك ههنا. (ع)

(٧) هذا إذا لم يكن من عشيرة المرأة أحد أما إذا كانت عشيرتها حضوراً يدخل معها في القسامة. (ك)

(٨) أي كالدية. (مجمع الأنهر)

(٩) النصرة.

(١٠) وملكها في القرية أيضًا متحققة.

(١١) أي من مشايخنا. (ع)

(١٢) أي في تحمل الدية.

(١٣) قوله: "لأنا أنزلناها إلخ" أي أنها نزلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة، فكما دخلت فيها دخلت في الدية أيضاً، بخلاف غيرها من الصور، فإنها لا تدخل في القسامة، بل تجب على الرجال، فلا تدخل في العقل أيضاً. (ع)

(١٤) قوله: "يشارك العاقلة" لأنه حيث وجبت الدية على غير المباشر أولى أن يجب جزء منها. (مجمع الأنهر)

ولو وُجد رجل قتيلا في أرض رجل، إلى جانب قرية[١]، ليس صاحب الأرض[٢] من أهلها قال[٣]: هو على صاحب الأرض؛ لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية[٤].

كتاب المعاقل[٥]

المعاقل جمع معقلة[٦]، وهى الدية، وتسمى الدية عقلا؛ لأنها[٧] تعقل الدماء من أن تُسفك[٨] أي تُمْسك[٩].

قال[١٠]: والديةُ في شبه العمد والخطأ، وكلُّ دية[١١] تجب بنفس القتل[١٢] على العاقلة[١٣]، والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدُّون العقل[١٤]، وهو الدية، وقد ذكرناه فى الديات[١٥]. والأصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام فى حديث[١٦]

---

(١) صفة أرض.

(٢) صفة قرية.

(٣) محمد.

(٤) قوله: "لأنه أحق إلخ" لأن الحفظ والتدبير فى الأرض إلى صاحب الأرض، لا إلى أهل القرية.(ع)

(٥) قوله: "كتاب المعاقل" المعاقل جمع معقلة كالمفاخرجمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا، ولماكان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة فلم يكن بد من معرفتها وبيان أحكامها في هذاالكتاب.(مجمع الأنهر)

قوله: "المعاقل" ما مركان بيانًا للديات، وهذا بيان لمن تجب عليه الديات بأنواعهم وأحكامهم، وهم العواقل، كذا فى "الشرنبلالية"، فالكلام ههنا على حذف المضاف، والتقدير كتاب أهل المعاقل،وهم العواقل وهذه المسامحة قد ابتلى بها الأكثرون.

(٦) بفتح الميم وضم الكاف.

(٧) الدية.

(٨) ريخته شوند.

(٩) تفسير تعقل.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) مبتدأ.

(١٢) قوله: "تجب بنفس القتل" أى ابتداء، وقولنا: ابتداء احتراز عما يجب الدية على القاتل فى القتل العمد بسبب الصلح، وبسبب الأبوة، فهى فى مال القاتل، لا على العاقلة. (ن)

(١٣) خبر. (ع)

(١٤) قوله: "يعنى يؤدون العقل" يقال: عقلت القتيل أى أعطيت ديته، وعقلت عن القاتل أى اديت عنه ما لزمه من الدية. (زيلعى)

(١٥) يعنى الدية بتأويل العقل. (ع)

(١٦) قوله: "فى حديث [رواه الطبرانى فى "معجمه". على قارى] حمل إلخ" كانت له ضرتان، فضربت أحدهما الأخرى بمسطح خيمة، فألقت جنينًا ميتًا، قال النبى عليه السلام لأولياء الضاربة: «قوموا فدوه»، فقال أخوها عمران بن عويم الأسلمى أندى من لا صاح، ولا استهل، ولا شرب، ولا أكل، ومثل دمه يطل، فقال عليه السلام: «اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه». (ك)

حمل بن مالك رضى الله عنه للأولياء[١]: «قوموا فدوه»*، ولأن النفس محترمةٌ، لا وجه إلى الإهدار، والخاطئ معذور. وكذا الذى تولّى شبهَ العمد[٢]؛ نظرًا إلى الآلة[٣]، فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه[٤]، وفى إيجاب مالٍ عظيم إجحافه[٥] واستئصاله[٦]، فيصير عقوبةً، فضمَّ إليه العاقلة تحقيقًا للتخفيف، وإنما خُصّوا بالضم؛ لأنه إنما قَصّرَ[٧] لقوة فيه[٨]، وتلك بأنصاره، وهم العاقلة، فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبتَه، فخصّوا به[٩].

قال[١٠]: والعاقلة أهل الديوان[١١] إن كان القاتل من أهل الديوان[١٢] يؤخذ من عطاياهم[١٣] فى ثلاث سنين، وأهل الديوان أهل الرايات[١٤]، وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان، وهذا عندنا.

وقال الشافعى: الدية على أهل العشيرة[١٥]؛ لأنه كان كذلك[١٦] على عهد

---

(١) أى الأولياء الجانى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٨، وانظر فى الدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥١ فى "كتاب المعاقل". (نعيم)

(٢) قوله: "وكذا [أى معذور] الذى تولى شبه العمد" وهو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى قتله. (ع)

(٣) قوله: "نظراً إلى الآلة" أى باعتبار أن الآلة للتأديب لم يكن فعله محظوراً. (كافى)

(٤) أى على كل واحد من الخاطئ، والقاتل بشبهة العمد.

(٥) إجحاف: كار بر كسى تنگ كردن.

(٦) استئصال: از بيخ بر كندن.

(٧) قوله: "لأنه إنما قصّر [أى فى التحرز عن مثل هذا التعدّى والظلم] إلخ" لأن مثل هذا الفعل لا يكون إلا بقلة مبالاة، وتقصير فى التحرز، وذا إنما يكون بقوة يجدها المرء فى نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره، وإنما ينصره عاقلته، فخصوا به. (ك)

(٨) قوله: "لقوة فيه [قاتل]" أى قصر الضارب فى ترك التثبت والتوقف باعتبار أنه يتعزز بالعاقلة، فلأجل ذلك ترك المبالغة فى النظر وقت الرمى، فيجب على العاقلة. (حميدية)

(٩) الضم.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "أهل الديوان إلخ" الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها، لأنها قطع من القراطيس مجموعة، ويروى أن عمر أول من دون الدواوين أى رتب الجرائد للولاة والقضاة، ويقال: فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه فى الجريدة. (ع)

(١٢) بالكسر: مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه أهل العطية والجيش، كذا فى القاموس.

(١٣) قوله: "من عطاياهم [أى من ثلث عطاياهم]" العطاء: اسم ما يعطى، والجمع أعطية، والعطايا جمع عطية، وهو بمعنى العطاء. (عناية)

(١٤) راية: علم. (من)

رسول الله ﷺ*، ولا نسخ بعده[٢]، ولأنه[٣] صلة[٤]، والأولى بها[٥] الأقارب[٦].

ولنا قضية عمر رضي الله عنه، فإنه لما دوّن الدواوين[٧] جعل العقل على أهل الديوان، وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابة من غير نكير منهم، وليس ذلك بنسخ[٨]، بل هو تقرير معنًى[٩]؛ لأن العقل كان على أهل النصرة، وقد كانت بأنواع القرابة، والحِلف[١٠]، والولاءِ[١١]، والعدِّ[١٢]. وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان، فجعلها على أهله اتباعًا للمعنى، ولهذا قالوا: لو كان اليوم قومٌ تناصرهم بالحرف، فعاقلتهم أهل الحرفة[١٣]، وإن كان[١٤] بالحلف فأهله[١٥].

---

(١٥) قبيلة.

(١٦) قوله: "لأنه كان كذلك إلخ" حدثنا وكيع حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي قال: «جعل رسول الله ﷺ عقل قريش على قريش وعقل الأنصار على الأنصار»، انتهى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٨، والدراية ج٢ ص٢٨٨، الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٢) لأنه يكون على لسان نبي، ولا نبي بعده. (مجمع الأنهر)

(٣) الدية.

(٤) الصلة عبارة عن مال يجب ابتداء، لا بمقابلة العوض، صلة: عطا دادن. (م)

(٥) صلة.

(٦) قبيله وتبار خويشان (م)

(٧) قوله: "فإنه لما دون إلخ" حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبي، وعن الحكم عن إبراهيم قال: أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن عمر: أنه جعل الدية في الأعطية في ثلاث سنين، وفي لفظ: أنه قضى بالدية في ثلاث سنين في كل سنة ثلث على أهل الديوان في عطياتهم. (ت)

(٨) جواب عن قوله: ولا نسخ بعده.

(٩) قوله: "بل هو تقرير معنًى [وإن كان نسخًا صورةً]" فإن قيل: كيف يظن بهم الإجماع على خلاف ما قضى به رسول الله ﷺ، قلنا: هذا إجماع على وفاق ما قضى به رسول الله ﷺ معنى، فإنهم علموا أن رسول الله ﷺ قضى على العشيرة باعتبار النصرة، فقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته، فلما دوّن عمر الدواوين، صارت القوة والنصرة بالديوان، فلهذا قضوا بالدية على أهل الديوان. (ك)

(١٠) قوله: "والحلف" بكسر الحاء: العهد بين القوم، ومن قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به ولاء الموالاة. (ع)

(١١) أي ولاء العتاقة. (ك)

(١٢) قوله: "والعدّ" وهو أن يعد فيهم يقال: فلان عديد بني فلان أي يعد منهم، كمن سكن في دار قوم يعد فيهم، وإن لم يكن له قرابة فيهم كإبليس اللعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة يعد منهم، وإن لم يكن من جنسهم. (ك)

(١٣) پيشه. (م)

(١٤) التناصر.

والدية صلةٌ كما قال[1]، لكن إيجابها فيما هو صلة، وهو العطاء أولى منه[2] فى أصول أموالهم، والتقدير بثلاث سنين مرويٌ عن النبى عليه السلام[3]، ومحكى عن عمر رضى الله عنه*، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف[4]، والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة.

فإن خرجت العطايا فى أكثر[5] من ثلاثة، أو أقلّ، أخذ منها؛ لحصول المقصود[6]، وتأويله[7] إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء، حتى لو اجتمعت[8] فى السنين الماضية قبل القضاء، ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ[9] منها؛ لأن الوجوب بالقضاء[10] على ما نبين إن شاء الله تعالى[11].

ولو خرج[12] للقاتل[13] ثلاث عطايا فى سنة واحدة، معناه فى المستقبل[14]

---

(١٥) أى فأهل الحلف.

(١) الشافعى.

(٢) أى من إيجابها.

(٣) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه"، كذا قال الزيلعى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(٤) قوله: "ولأن الأخذ إلخ" تفسيره أن الدية فرضت فى عطية فى كل عطية يخرج له ثلث الدية، فيكون جميع الدية مفروضها فى ثلث عطيات مؤجلا بثلاث سنين، فتأجلت الدية بثلاث سنين ضرورة. (مل)

(٥) قوله: "فى أكثر" مثل أن يخرج عطاياهم الثلاث فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية. (ع)

(٦) قوله: "لحصول المقصود [وهو التفريق على العطيات. ك]" يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم، سواء كانت فى أكثر من ثلاث سنين، أو فى أقل منها. (ع)

(٧) قوله: "وتأويله" أى تأويل كلام القدورى، فإنه أطلق ذكر السنين، وإنما يؤخذ منهم فى ثلاث سنين بعد القضاء، فيكون المراد ثلاث سنين بعد القضاء فى المستقبل، فلا بد من التأويل. (ع)

(٨) الدية.

(٩) الدية.

(١٠) قوله: "لأن الوجوب بالقضاء" لأن من عليه غير معلوم؛ لأن فى العاقلة كلامًا، فلا يتعين إلا بالقضاء، فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء، وإن خرجت بعد القضاء. (ك)

(١١) قوله: "على ما نبين إن شاء الله تعالى" إشارة إلى قوله: وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية؛ لأن الواجب الأصلى المثل، والتحويل إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته. (ك)

(١٢) قوله: "ولو خرج إلخ" حاصله أنه إذا خرجت للعاقلة ثلث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منهما كل الدية لوجود محل أداء الدية، فلا فائدة فى التأخير، وإذا خرجت فى ست سنين، يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية؛ إذ المقصود أن يكون المأخوذ من الأعطية، لا من أصول أموالهم، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين، أو أقل منها، أو أكثر. (مجمع الأنهر)

(١٣) أى مع عواقله، لا للقاتل فقط.

يؤخذ منها كل الدية[١]؛ لما ذكرنا[٢]، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين؛ فكلّ ثُلث منها في سنة. وإن كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس، أو أقل[٣] كان في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك[٤] إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما[٥] وجب على العاقلة من الدية، أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً، فهو في ماله[٦] في ثلاث سنين[٧].

وقال الشافعي: ما وجب على القاتل في ماله، فهو حالّ؛ لأن التأجيل للتخفيف؛ لتحمّل العاقلة، فلا يلحق به العمد المحض.

ولنا أن القياس يأباه[٨]، والشرع ورد به مؤجلا، فلا يتعدّاه، ولو قتل عشرةٌ رجلا خطأ، فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين؛ اعتباراً للجزء بالكل؛ إذ هو بدل النفس، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية[٩]؛ لأن الواجب الأصلي المثل[١٠]، والتحول إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها[١١] من وقته، كما في

---

(١٤) أي بعد القضاء.

(١) إشارة إلى قوله: لحصول المقصود. (نتائج)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن الوجوب بالقضاء. (ع)

(٣) من ثلث دية النفس.

(٤) الثلثين.

(٥) مبتدأ.

(٦) خبر أي الدية.

(٧) قوله: "في ثلاث إلخ" أي الواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين، وذلك مثل الأب إذا قتله ابنه عمداً، أو انقلب القصاص بالشبهة مالا. (زيلعي)

(٨) قوله: "أن القياس يأباه" أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه؛ لأن القياس من حجج الشرع، وهي لا تتناقض، والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلا في الخطأ، فلا يتعداه، فإن قيل: هذا ليس في معنى الخطأ، فلا يلحق به، قلنا: هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها. (ع)

(٩) لا من وقت القتل.

(١٠) قوله: "لأن الواجب الأصلي المثل" لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس نفس إلا أنه إذا رفع إلى القاضي، وتحقق العجز عن استيفاء النفس؛ لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته أي من وقت القضاء كما في ولد المغرور، فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي.

وإن كان رد عينه قبل القضاء متعذراً، لكن في الحكم جعل الواجب رد العين، وتحول إلى القيمة بالقضاء؛ لما تحقق العجز عن رد العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئاً، وهذا هو الموعود من قبل بقوله: لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين. (عناية)

(١١) دية.

ولد المغرور.

قال[١]: ومن لم يكن من أهل الديوان، فعاقلته قبيلته؛ لأن نصرته بهم، وهي[٢] المعتبرة في التعاقل.

قال[٣]: وتقسم عليهم[٤] في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها، قال رضي الله عنه[٥]: كذا ذكره القدوري في "مختصره"، وهذا[٦] إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية، وقد نصّ محمد على أنه لا يزاد على كلّ واحدٍ من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة، أو أربعة[٧]، فلا يؤخذ من كلّ واحد في كلّ سنة إلا درهمًا، أو درهمًا، وثلث درهم، وهو الأصح.

قال[٨]: وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضُمّ إليهم أقربُ القبائل[٩]، معناه نسبًا كلّ ذلك لمعنى التخفيف، ويضمّ الأقرب، فالأقرب على ترتيب العصبات الإخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم[١٠]. وأما الآباء[١١] والأبناء، فقيل: يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون؛ لأن الضمّ لنفي الحرج حتى لا يصيب كلّ واحد أكثر من ثلاثة، أو أربعة.

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) النصرة.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قبيلة.

(٥) أي المصنف.

(٦) قوله: "وهذا" أي قول القدوري: لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها إشارة إلى أنه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية، فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة، أو أربعة دراهم، كان من جميع الدية تسعة، أو اثني عشر، وليس كذلك، فإن محمداً نص على أنه إلخ. (ع)

(٧) دراهم.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ضم إليهم إلخ" ثم إنهم قالوا: إن هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب المحفوظ أنسابهم، فأمكن إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، وأما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم؛ لتضييعهم أنسابهم، فلا يمكن إيجاب الدية على أقرب القبائل إليهم نسباً، وإذا لم يمكن، فقد اختلفوا في هذه المسألة، فقال بعضهم: يعتبر المحال، والقرى الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجاني. (مجمع الأنهر)

(١٠) قوله: "ثم بنوهم" صورته: إذا جنى واحد من أولاد حسين مثلا يكون موجب الجناية عليهم وإن لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضم إليها قبيلة الحسن، ثم بنوهم، فإن لم تتسع هاتان القبيلتان لذلك تضم إليهما قبيلة عقيل، ثم بنوهم. (ك)

(١١) أي آباء القبائل وأبناءه.

وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون[١]، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقربُ الرايات يعنى أقربهم نُصْرةً؛ إذ حَزَبهم[٢] أمر الأقرب فالأقرب، ويفوّض ذلك إلى الإمام؛ لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا.

وعند الشافعي يجب على كل واحدٍ نصف دينار[٣]، فيسوى بين الكل[٤]؛ لأنه صلةٌ[٥]، فيعتبر بالزكاة[٦]، وأدناها ذلك[٧]؛ إذ خمسة دراهم[٨] عندهم[٩] نصف دينار، ولكنا نقول[١٠]: هى[١١] أحط رتبةً منها[١٢]، ألا ترى أنه لا تؤخذ[١٣] من أصل المال، فينتقص منها تحقيقًا لزيادة التخفيف.

ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق[١٤] يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنةٍ الثلث؛ لأن الرزق فى حقّهم بمنزلة العطاء قائم مقامه؛ إذ كلّ منهما[١٥] صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كان أرزاقهم تخرج فى كل سنة، فكما

---

(١) قوله: "والأبناء لا يكثرون [أى بالنسبة إلى الأقارب والقبائل الإخوة ونظائرهم]" أقول: فيه كلام، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم، وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الإخوة، فممنوع كيف؟ وإخوته أبناء أبيه، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه، فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه. (نت)

(٢) حزب -بالفتح- رسيدن چيزى بكسى وسخت دشوار چيزى بر كسى. (م)

(٣) قوله: "يجب على كل واحد إلخ" أى عند الشافعي ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار، أو خمسة دراهم؛ لأنها صلة واجبة شرعا، فيعتبر بالزكاة، وأدنى ما يجب فى الزكاة نصف دينار، أو خمسة دراهم. (ك)

(٤) قوله: "فيسوى بين الكل" يعنى الآباء والأبناء وغيرهم؛ لأنه صلة؛ لأن يجب على العاقلة على سبيل المؤاساة. (ف)

(٥) وهى ما يجب من غير عوض.

(٦) فإن الزكاة صلة.

(٧) نصف دينار.

(٨) وهى تجب فى مائتى درهم.

(٩) الصحابة. (حميدية)

(١٠) قوله: "ولكنا نقول إلخ" أى لنا أن الإيجاب عليهم للتخفيف على القاتل، وذا فى القليل دون الكثير، وهذه صلة واجبة، أمروا بأداءها على وجه التبرع، فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة، بل ينقص من ذلك، ألا ترى أنها لا تجب فى أصول أموالهم، وإنما تجب فيما هو صلة، وهو العطاء تحقيقًا للتخفيف. (ك)

(١١) الدية.

(١٢) الزكاة.

(١٣) الدية.

(١٤) قوله: "أصحاب الرزق إلخ" قيل: الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتل، والرزق يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة. (عناية)

يخرج رزق[١٥][١] يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان[٢] يخرج فى كل ستة أشهر، وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية، وإن كان يخرج فى كل شهر يؤخذ[٣] من كل رزقٍ بحصته[٤] من الشهر حتى يكون المُستوفى فى كل سنة مقدار الثلث.

وإن خرج[٥] بعد القضاء بيوم، أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر[٦]، وإن كانت لهم أرزاقٌ فى كل شهر، وأعطيةٌ[٧] فى كل سنة فُرضت الدية فى الأعطية دون الأرزاق؛ لأنه أيسر، أما لأن الأعطية أكثر[٨]، أو لأن الرزق لكفاية الوقت[٩]، فيتعسر الأداء منه، والعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة، فيتيسّر عليهم.

قال[١٠]: وأدخل القاتل مع العاقلة[١١]، فيكون[١٢] فيما يؤدّى كأحدهم؛ لأنه هو الفاعل، فلا معنى لإخراجه، ومؤاخذة غيره.

وقال الشافعى: لا يجب على القاتل شىء من الدية؛ اعتباراً للجزء بالكل[١٣] فى النفى عنه، والجامع كونه معذوراً.

قلنا: إيجاب الكل[١٤] إجحافٌ به، ولا كذلك إيجاب الجزء، ولو كان الخاطئ

---

(١٥) أى من الرزق والعطاء.

(١) عطاء.

(٢) الرزق.

(٣) أى يؤخذ الدية بحصتها من الشهر من كل رزق.

(٤) أى سدس من السدس. (ك)

(٥) الرزق.

(٦) أى بحصة يوم، أو أكثر من الشهر.

(٧) قوله: "وأعطية" العطاء ما فرض لإنسان فى بيت المال كل سنة، لا بقدر الحاجة، بل بصبره وعنائه، والرزق ما يفرض فى بيت المال بقدر الحاجة، والكفاية مشاهرة أو مياومة، كذا فى "الدر المختار" وغيره، وفى "نتائج الأفكار" ناقلا من "المغرب" أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة، أو مرتين، والرزق ما يخرج له كل شهر.

(٨) من الأرزاق.

(٩) والأخذ منه يؤدى إلى الإضرار بهم.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "وأدخل القاتل إلخ" أى إذا كان من أهل العطاء فى الديوان، وأما إذا لم يكن من أهل العطاء، فلا يجب عليه شىء من الدية عندنا أيضاً. (ك)

(١٢) القاتل.

(١٣) قوله: "اعتباراً [قياساً] للجزء بالكل" لأن الكل لا يجب عليه، فكذا البعض؛ إذ الجزء لا يخالف البعض. (زيلعى)

معذورًا، فالبرىء عنه[١] أولى[٢]، قال الله تعالى: ﴿ولا تزرُ وازرة وِزر أخرى﴾[٣].

وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل[٤]؛ لقول عمر رض: "لا يعقل مع العاقلة صبى*، ولا امرأة"[٥]، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء، ولهذا لا يوضع عليهم[٦] ما هو خلف عن النصرة، وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا، أو امرأةً لا شىء عليهما من الدية[٧].

بخلاف الرجل[٨]؛ لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل؛ لأنه ينصر نفسه، وهذا لا يوجد فيهما، والفرض لهما من العطاء[٩] للمعونة[١٠]، لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه السلام ورضى الله عنهن.

ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر، يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوانٌ على حدة؛ لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب فى السكنى، فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر.

ويعقل أهل كل مصرٍ من أهل سوادهم[١١]؛ لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم إذا

---

(١٤) على القاتل.

(١) يعنى العاقلة.

(٢) بأن يكون معذوراً.

(٣) أى لا تحمل نفس حاملة حمل أخرى، وقال الأخفش: أى لا تأثم آثمة بإثم أخرى. (من)

(٤) دية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(٥) قلت: غريب.

(٦) أى على الصبيان والنساء.

(٧) قوله: "لا شىء عليهما" هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية، وإنما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوى، وهو الأصح، وهو أصل رواية محمد. (ك)

(٨) القاتل، فإنه شريك للعاقلة فى الدية.

(٩) قوله: "والفرض لهما إلخ" جواب عما يقال: فرض الإمام لنساء الغزاة، وذرياتهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع لنصرة أهل الإسلام، كما فى حق الغزاة، ثم الغزاة عواقل لغيرهم، فكذا النساء. (عناية)

(١٠) قوله: "للمعونة إلخ" أى العطاء إنما يدفع للنساء والصبيان فى الديوان باعتبار المعونة، لا باعتبار النصرة أى باعتبار معونة الإمام للصبى والمرأة. (ك)

قوله: "للمعونة إلخ" أى معونة الإمام لهما، لا باعتبار نصرتهما غيرهما.

حزبهم[١] أمر استنصروا بهم، فيعقلهم أهل المصر، باعتبار معني القرب والنصرة.

ومن كان منزله بالبصرة، وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة؛ لأنه يستنصر بأهل ديوانه، لا بجيرانه.

والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر، فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة، والنسب، والولاء، وقرب السكنى وغيره[٢]، وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه[٣]، وعلي هذا يخرّج كثير من صور مسائل المعاقل.

ومن جني جناية من أهل المصر، وليس له في الديوان عطاءٌ، وأهل البادية أقرب[٤] إليه، ومسكنه المصر، عقل عنه أهل الديوان من[٥] ذلك المصر، ولم يشترط[٦] أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، قيل[٧]: هو صحيح؛ لأن الذين يذبون[٨] عن أهل المصر، ويقومون بنصرتهم، ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر[٩]، ولا يخصون به[١٠] أهل العطاء.

وقيل: تأويله[١١] إذا كان قريبا[١٢] لهم[١٣]، وفى الكتاب إشارة إليه حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة، وأهل المصر أقرب منهم[١٤] مكانًا، فكانت القدرة على النصرة لهم، وصار نظير

(١١) قريبها.

(١) أي تابهم.

(٢) وهو العد والحلف. (ك)

(٣) بقوله: ويضم الأقرب فالأقرب.

(٤) أي نسبًا. (ك)

(٥) بيانية.

(٦) محمد.

(٧) قوله: "وقيل: هو صحيح" الضمير راجع إلى قوله: لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة. (ع)

(٨) أي يدفعون الخلل، ذب: دور كردن وباز داشتن. (م)

(٩) قوله: "من أهل المصر" بيان لقوله: أهل الديوان أى أهل الديوان الذين هم من أهل النصرة. (ع)

(١٠) قوله: "ولا يخصون به [أي بالدفع] إلخ" أى لا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط، بل ينصرون أهل المصر كلهم، وقيل: إذا لم يكن ذا قريبا لهم لا يعقلونه، وإنما يعقلونه إذا كان قريبا لهم. (زيلعى)

(١١) أى تأويل قوله: عقل عنه أهل إلخ.

(١٢) ذا قرابة. (ك)

(١٣) أى لأهل الديوان.

(١٤) أى من أهل البادية.

مسألة الغيبة المنقطعة[١].

ولو كان البدوى نازلا فى المصر، لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر؛ لأن أهل العطاء[٢] لا ينصرون من لا مسكن له فيه، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم[٣]؛ لأنه لا يستنصر بهم.

وإن كان لأهل الذمة عواقلُ معروفة يتعاقلون بها، فقتل أحدهم[٤] قتيلا، فديته على عاقلته بمنزلة المسلم؛ لأنهم[٥] التزموا أحكام الإسلام فى المعاملات لا سيّما فى المعاني العاصمة عن الإضرار[٦]، ومعنى التناصر موجود في حقهم.

وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة، فالدية فى ماله[٧] فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها[٨] عليه، كما فى حق المسلم[٩]؛ لما بينا أن الوجوب على القاتل.

وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت[١٠]، فإذا لم توجد بقيت[١١] عليه فى ماله بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه[١٢] فى ماله؛ لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، وتمكنه من هذا القتل ليس[١٣]

---

(١) قوله: "صار نظير إلخ" أى صار كصغيرة لها وليان، أحدهما أقرب، وهو غائب غيبة منقطعة، فإن ولاية الإنكاح إلى الأبعد الحاضر؛ لأنه أقدر على إقامة مصالحها، وههنا أهل المصر أقرب مكانًا، فكانوا أقدر على النصرة من أهل البادية، وإن كانوا أقرب نسبا. (عناية)

(٢) من أهل المصر.

(٣) أي في أهل البادية.

(٤) أى أحد من أهل الذمة.

(٥) أهل الذمة.

(٦) قوله: "لا سيّما فى المعانى العاصمة عن الإضرار" كحد السرقة، والقذف، والقصاص، ووجوب الدية. (نهاية)

(٧) قوله: "فالدية فى ماله" أى لا على بيت المال؛ لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمى والمسلمين؛ لانقطاع الولاية بينهما، بخلاف المسلم، فإن ديته على بيت المال إن لم يوجد عاقلة. (عناية)

(٨) دية.

(٩) قوله: "كما فى حق المسلم" أى تجب الدية فى مال المسلم إذا لم يكن له عاقلة، وهذه رواية عن أبى حنيفة، وفى ظاهر الرواية تجب فى بيت المال، وفى "المبسوط": فرق بين المسلم والذمى، فإن الجانى إذا كان مسلما، ولا عاقلة له، فعقله فى بيت المال فى ظاهر الرواية، ولا يجب فى مال الجانى، والفرق أن القتل إنما يجب على غير الجانى باعتبار النصرة، ومتى لم يكن للمسلم ديوان، ولا قرابة بأن كان لقيطا، فجماعة المسلمين أهل نصرته، فأمكننا إيجاب عقله فى بيت مال المسلمين باعتبار النصرة، بخلاف الذمى، فإن جماعة المسلمين ليس من أهل نصرته، فالولاية بيننا وبينهم منقطعة، فتعذر إيجاب العقل فى بيت المال باعتبار النصرة، فوجب فى ماله. (ك)

(١٠) العاقلة.

(١١) الدية.

(١٢) أى على القاتل.

بنصرتهم[١].

ولا يعقل كافر عن مسلم، ولا مسلم عن كافر ؛ لعدم التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم[٢] وإن[٣] اختلفت مللهم؛ لأن الكفر كلّه ملة واحدة[٤]، قالوا: هذا[٥] إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة. أما إذا كانت[٦] ظاهرة كاليهود والنصارى[٧] ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض.

وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر[٨]، ولو كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها[٩] عطاء[١٠]، فحول[١١] ديوانه إلى البصرة، ثم رفع[١٢] إلى القاضي، فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة.

وقال زفر: يقضي على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن الموجب هو الجنايةُ، وقد تحققت، وعاقلته أهل الكوفة[١٣]، وصار كما إذا حول[١٤] بعد القضاء.

ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء؛ لما ذكرنا أن الواجب هو المثل، وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل[١٥]، وتتحمّل عنه[١٦] عاقلته، وإذا كان

---

(١٣) أي ليس بسبب نصرتهم إياه. (ع)

(١) أي بنصرة أهل دار الإسلام.

(٢) هذا بيان الجواز أي يجوز أن يقع التعاقل فيما بينهم.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لأن الكفر كله ملة واحدة" أي في أنه إعراض عن الحق واتباع الرسول، وهذا إذا كان من ديانتهم أن العاقلة يتحملون عن القاتل، أما إذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القاتل. (كفاية)

(٥) أي تعاقل الكفار فيما بينهم.

(٦) المعاداة بينهم.

(٧) فإن العداوة فيهما ظاهرة. (مجمع الأنهر)

(٨) قوله: "لانقطاع التناصر" لأن التعاقل يبتنى على الموالاة، وذلك ينعدم عند اختلاف الملة. (عناية)

(٩) أي بالكوفة.

(١٠) في الديوان.

(١١) أي بعد القتل. (ك)

(١٢) أمر القتل.

(١٣) قوله: "وقد تحققت، وعاقلته [الواو للحال] أهل الكوفة" أي في هذه الحالة. (كفاية)

(١٤) ديوانه إلى البصرة، فديته على عاقلته من أهل الكوفة، لا من أهل البصرة.

(١٥) قوله: "وكذا الوجوب على القاتل" النكتة الأولى إنما هي من حيث النظر إلى الواجب، والثانية باعتبار النظر إلى محل الوجوب، والحاصل أن النظر إلى الوجوب، أو إلى محل الوجوب يقتضي أن يكون المتحمل عنهم هم

كذلك يتحمّل عنه من[١] يكون عاقلته عند القضاء.

بخلاف ما بعد القضاء؛ لأن الواجب قد تقرر[٢] بالقضاء، فلا ينتقل[٣] بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ[٤] من عطاءه بالبصرة؛ لأنها تؤخذ من العطاء، وعطاءه بالبصرة. بخلاف ما إذا قلّت العاقلة بعد القضاء عليهم[٥]، حيث يُضم إليهم أقرب القبائل في النسب؛ لأن في النقل إبطال حكم الأول، فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحمّلين؛ لما قضى به عليهم، فكان فيه[٦] تقرير الحكم الأول، لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة، وليس له عطاء[٧]، فلم يُقْضَ عليه حتي استوطن البصرة، قضى بالدية على أهل البصرة، ولو كان قضى بها[٨] على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم[٩].

وكذا البدوى إذا أُلْحِقَ بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم[١٠].

وهذا[١١] بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية، قُضِي بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين، ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في عطيّاتهم وإن[١٢] كان قُضِيَ بها أول مرّة في أموالهم؛ لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول؛ لأنه قضى بها

العاقلة الثانية. (ك)

(١٦) أي عن القاتل.

(١) هم من أهل البصرة.

(٢) على أهل الكوفة.

(٣) إلى أهل البصرة.

(٤) يعني وإن كان بعد القضاء. (ع)

(٥) قوله: "بخلاف ما إذا قلّت [بأن مات بعضهم. ك] إلخ" يتعلق بقوله: بخلاف ما بعد القضاء أي لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة، إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب، وإن كان بعد القضاء مع أنه فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل، فأجاب عنه بقوله: إن في ضم أقرب القبائل إليهم تقريراً للحكم الأول، لا إبطالا له. (نهاية)

(٦) أي في الضم.

(٧) في ديوان الكوفة.

(٨) دية.

(٩) إلى أهل البصرة.

(١٠) أي عن عاقلته بالبادية.

(١١) أي عدم التحول.

(١٢) الواو وصلية.

في أموالهم وعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه، بأن كان القضاء بالإبل، والعطاء دراهم، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً؛ لما فيه من إبطال القضاء الأول، لكن يقضي ذلك[١] من مال العطاء؛ لأنه أيسر.

قال[٢]: وعاقلة المعتق قبيلة مولاه؛ لأن النصرة بهم، ويؤيد ذلك قوله عليه السلام[٣]: «مولى[٤] القوم منهم»*.

قال[٥]: ومولى الموالاة[٦] يعقل عنه مولاه وقبيلته؛ لأنه ولاء يتناصر به، فأشبه ولاء العتاقة، وفيه خلاف الشافعي، وقد مر في الولاء[٧].

قال[٨]: ولا تعقل العاقلة[٩] أقل من نصف عشر الدية[١٠]، وتتحمل نصف العشر فصاعداً. والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفاً عليه، ومرفوعاً[١١] إلى رسول الله ﷺ: «لا تعقل العواقل عمداً[١٢] ولا عبداً[١٣] ولا صلحاً

(١) قوله: "لكن يقضى ذلك" أى الإبل من مال العطاء، بأن يشترى الإبل من مال العطاء. (ك)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "قوله عليه السلام" رواه أبو داود والترمذى والنسائى عن ابن أبى رافع مولى رسول الله ﷺ قال: «مولى القوم من أنفسهم». (على قارى)

(٤) معتق.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "ومولى الموالاة إلخ" ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته، ومولى الموالاة هو الحليف، فيعقل عنه مولاه الذى عاقده وعاقلته، وهو المراد بقوله: وقبيلته أى وقبيلة مولاه الذى عاقده؛ لأن العرب يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة.

(٧) من أن الشافعى يقول: إن الموالاة ليس بشيء؛ لأن فيه إبطال حق بيت المال.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "ولا تعقل العاقلة إلخ" فيه إشكال، وهو أن من قتل عبد غيره خطأ، وقيمته أقل من أرش الموضحة، فإن العاقلة تتحمل إلا أن الجواب عنه أن المراد منه فيما دون النفس، فأما فى النفس، فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة، وهذا دية؛ لأن القيمة فى العبد قائمة مقام الدية فى الحر. (كفاية)

(١٠) قوله: "أقل إلخ" لأن القصاص لا يجب فى عمده، ولا يتقدر أرشه، فصار كضمان الأموال. (ع)

(١١) قوله: "موقوفاً عليه ومرفوعاً" فالموقوف من رواية محمد بن الحسن، والمرفوع غريب، وليس فى الحديث أرش الموضحة، ولكن أخرج ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن النخعى قال: «لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة ولا تعقل العمد ولا الصلح ولا الاعتراف»، انتهى. (ت)

(١٢) كما إذا قتل الأب ابنه عمداً، فالدية فى ماله.

(١٣) قوله: "ولا عبداً" اختلفوا فى تأويل قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»، فقال محمد ابن

ولا اعترافًا ولا ما دون أرش الموضحة»*، وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأن التحمل[٢] للتحرّز عن الإجحاف، ولا إجحاف[٣] فى القليل، وإنما هو فى الكثير، والتقدير الفاصل[٤] عرف بالسمع.

قال[٥]: وما نقص من ذلك[٦] يكون فى مال الجانى، والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير، فيجب الكلّ على العاقلة، كما ذهب إليه الشافعى، أو التسوية فى أن لا يجب على العاقلة شىء إلا أن أنا تركناه بما رويناه[٧]، وبما روى[٨] أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة[٩]**، وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مرّ فى الديات، فما دونه[١٠] يُسلك به مسلك الأموال؛ لأنه يجب بالتحكيم[١١]، كما يجب ضمان المال بالتقويم، فلهذا كان فى مال الجانى أخذًا بالقياس.

قال[١٢]: ولا تعقل العاقلة جناية العبد، لا ما لزم بالصلح، أو باعتراف الجانى؛ لما رويناه[١٣]، ولأنه لا تناصر بالعبد، والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة[١٤]؛ لقصور

الحسن: إنما معناه يقتل العبد حرًا، فليس على عاقلة مولاه شىء من جناية عبده، إنما جنايته فى رقبته أى بدفعه إلى المجنى عليه، أو يفديه، ثم قال: هذا قول أبى حنيفة، وقال ابن أبى ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنيًا عليه بقتله حر، فليس على عاقلة الجانى شىء إنما ثمنه فى ماله خاصة، وصوبه الأصمعى، وقال: لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة، لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد، ولم يكن ولا تعقل عبدًا، وقيل: إن ما قال أبو حنيفة: مناسب لسباق الحديث، وهو قوله: «عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا»، فإن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف تدبر. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(٢) أى تحمل العاقلة.

(٣) إجحاف: كار بر كسى تنگ كردن. (م)

(٤) بين القليل والكثير.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى نصف عشر الدية.

(٧) آنفًا.

(٨) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(٩) أى غرة عبد أو أمة قيمته خمس مائة درهم.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(١٠) أى فما دون نصف عشر الدية.

(١١) أى تحكيم العدل.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) من قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل» إلخ.

(١٤) قوله: "لا يلزمان العاقلة إلخ" إلا أن فى الإقرار تجب الدية فى ثلاث سنين، وفى الصلح عن العمد يجب المال

الولاية عنهم.

قال[١]: إلا أن يصدقوه[٢]؛ لأنه ثبت بتصادقهم، والامتناع كان لحقهم، ولهم ولاية على أنفسهم.

ومن أقرّ بقتل خطأ، ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين، قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى؛ لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيّنة، ففي الثابت بالإقرار أولى[٣].

ولو تصادق القاتلُ ووليّ الجناية على أن قاضي بلد كذا، قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبيّنة، وكذّبهما[٤] العاقلة، فلا شيء على العاقلة؛ لأن تصادقَهما ليس بحجة عليهم. ولم يكن عليه شيء[٥] في ماله؛ لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء، وتصادقهما حجة في حقّهما[٦]، بخلاف الأول[٧].

إلا أن يكون له[٨] عطاء معهم[٩]، فحينئذٍ يلزمه بقدر حصته؛ لأنه في حقّ حصته مقرّ على نفسه، وفي حقّ العاقلة مقرّ عليهم.

قال[١٠]: وإذا جنى الحر على العبد، فقتله خطأ، كان على عاقلته قيمته؛ لأنه

حالا، إلا إذا شرط الأجل في الصلح، فيكون مؤجلا. (عناية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) العاقلة في الإقرار.

(٣) قوله: "أولى" يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالإقرار؛ لأن الثابت بها كالثابت معاينة، وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي، فهذا أولى. (عناية)

(٤) أي القاتل وولي الجناية.

(٥) قوله: "ولم يكن عليه شيء" فإن قيل: لما كان أصل الوجوب عليه، وقد تحول بزعمه إلى العاقلة بقضاء القاضي، فإذا توى على العاقلة بجحودهم، عاد الدين إلى ذمة المحيل، أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم، وهذا ليس كذلك، فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر، فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول عنه بحال، سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف. (عناية)

(٦) قوله: "حجة في حقهما" لأن أحد المتصادقين ولي القتيل، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت، لا على المقر، فإقراره حجة على نفسه. (ف)

(٧) قوله: "بخلاف الأول" أراد به قوله: والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة، فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقر، وإنما وجب الدية هناك في مال المقر؛ لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة، فيجب في مال المقر ضرورة، وفي "المبسوط" في قوله: ولم يكن عليه شيء أي على المقر شيء في ماله؛ لأنهما تصادقا أن الواجب بقضاء القاضي، تقرر على العاقلة، وبعد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه، وتصادقهما حجة في حقهما، بخلاف الأول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة، وهو قضاء القاضي لم يوجد أصلا، فيقضى بها في مال المقر. (ك)

(٨) قوله: "إلا أن يكون إلخ" وبهذا تبين أن القاتل إنما يكون أحد العواقل عندنا إذا كان له عطاء في الديوان. (ك)

(٩) العاقلة.

بدل النفس على ما عُرف من أصلنا[١].

وفي أحد قولي الشافعي: تجب[٢] في ماله[٣]؛ لأنه بدل المال عنده، ولهذا يوجب[٤] قيمتَه بالغةً ما بلغت[٥].

وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة؛ لأنه يُسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف[٦]، وفي أحد قوليه[٧] تتحمّله العاقلة، كما في الحرّ، وقد مرّ[٨] من قبل[٩].

قال أصحابنا: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلةٌ، فالدية في بيت المال[١٠]؛ لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته، وليس بعضُهم أخصّ من بعض بذلك[١١]، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال، فكذا ما يلزمه من الغرامة، يلزم بيت المال.

وعن أبي حنيفة روايةً شاذة أن الدية في ماله[١٢]، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل؛ لأنه بدل مُتْلَف، والإتلاف منه إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقًا للتخفيف على ما مر[١٣]، فإذا لم يكن عاقلة، عاد الحكم إلى الأصل.

وابن الملاعنة[١٤] تعقله عاقلة أمه؛ لأن نَسبَه ثابت منها دون الأب، فإن عقلوا

---

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١) في فصل أحكام الجناية على العبد.

(٢) القيمة.

(٣) حر.

(٤) الشافعي.

(٥) وعندنا ينقص من دية الحر عشرة دراهم.

(٦) في باب القصاص فيما دون النفس، كذا في "العناية".

(٧) الشافعي.

(٨) قوله: "وقد مر" قال صاحب "العناية": أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك، أقول: إن هذه الحوالة غير صحيحة، فإنه لم يذكر في هذا الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس، ولا تحملها دية النفس، لا عند الشافعي، ولا عندنا، كذا في "نتائج الأفكار".

(٩) أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك. (ف)

(١٠) قوله: "في بيت المال" هذا إذا كان القاتل مسلمًا، أما إذا كان ذميًا، ولا عاقلة له، فالدية في ماله، لا في بيت المال. (ك)

(١١) نصرة.

(١٢) قوله: "أن الدية في ماله" وفي "فتاوى قاضي خان" روى محمد عن أبي يوسف: أن من لا عاقلة له إذا قتل رجلا خطأً، فإن دية القتيل تكون في مال الجاني. (ك)

(١٣) في كتاب المعاقل.

عنه، ثم ادعاه الأب، رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأنه تبيّن أن الدية واجبة عليهم؛ لأن عند الإكذاب[1] ظهر أن النسب لم يزل[2]، كان ثابتًا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر من الأصل[3]، فقوم الأم تحمّلوا ما كان واجبًا على قوم الأب، فيرجعون عليهم؛ لأنهم مضطرون في ذلك[4].

وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء[5]، وله ولد حر[6]، فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه، وعقل عنه[7] قوم أمه، ثم أديت الكتابة[8]؛ لأنه عند الأداء يتحوّل ولاءه[9] إلى قوم أبيه من وقت حرّية الأب، وهو[10] آخر جزء من أجزاء حياته، فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم[11]، فيرجعون[12] عليهم[13].

وكذلك رجلٌ أمر صبيًا بقتل رجل فقتله[14]، فضمنت عاقلة الصبي الدية، رجعت[15] بها[16] على عاقلة الآمر[17] إن كان الأمر ثبت بالبيّنة، وفي مال الآمر إن

---

(١٤) أي إذا قتل هو رجلا، فالدية على عاقلة الأم.

(١) أي إكذاب الأب نفسه. (ك)، فإنه نفى الولد عن نفسه أولا حتى تحقق اللعان بينهما، ثم أكذب نفسه، وقال: إن هذا الولد مني.

(٢) قوله: "ظهر أن النسب إلخ" لأن النسب يثبت منه وقت العلوق، لا من وقت الدعوة، فتبين به أن عقل جنايته كان على عاقلة أبيه، وأن قوم الأم تحملوا عن قوم الأب مضطرين في ذلك بإلزام القاضي، فيرجعون عليهم، فصار حالهم مع عاقلة الأب كحال ولي الجناية، وقد مر أن التأجيل ثمه من وقت القضاء، لا من وقت الجناية، فكذا هذا، وإنما يرجعون في ثلاث سنين؛ لأنهم أدوا هكذا. (ك)

(٣) قوله: "ومتى ظهر من الأصل" أي متى ظهر أن النسب كان ثابتًا منه من الأصل. (زيلعي)

(٤) قوله: "لأنهم مضطرون في ذلك" حيث تحملوا بإلزام القاضي، وهذا نفي لجهة التبرع. (كفاية)

(٥) أي بترك مال واف، لأداء بدل الكتابة.

(٦) من امرأة حرة. (ع)

(٧) أي عن ذلك الابن الجاني.

(٨) أي فإنه حـ يرجع قوم الأم على قوم الأب. (ع)

(٩) أي ولاء عبد المكاتب.

(١٠) أي ذلك الوقت.

(١١) أي عن قوم الأب.

(١٢) قوله: "فيرجعون" أي أن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب؛ لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته، فتبين أنه كان للولد الولاء من جانب الأب حين جنى، وإن موجب جنايته على موالي أبيه، فلذلك يرجعون على موالي الأب. (ع)

(١٣) أي قوم الأم.

(١٤) الصبي.

(١٥) عاقلة الصبي.

كـان ثبت[1] بإقراره[2] فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر، أو على عاقلته؛ لأن الديات تجب مؤجلة[3] بطريق التيسير.

قال رضى الله عنه[4]: ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة، والأصل الذى تخرج عليه أن يقال: حال القاتل إذا تبدل حكمًا، فانتقل ولاءه[5] إلى ولاءٍ بسبب أمرٍ حادث[6] لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها، أو لم يُقضَ، وإن ظهرت[7] حالةٌ خفيةٌ مثل دعوة ولد الملاعنة حُوِّلت الجناية[8] إلى الأخرى وقع القضاء بها، أو لم يقع، ولو لم يختلف حال الجانى، ولكن العاقلة[9] تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضى بها[10] على الأولى لم تنتقل[11] إلى الثانية، وإن لم يكن قُضى بها على الأولى، فإنه يُقضى بها على الثانية، وإذا كانت العاقلة واحدة، فلحقها[12] زيادة[13]، أو نقصان[14] اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده، إلا

---

(١٦) الدية.

(١٧) دية.

(١) الأمر.

(٢) الآمر.

(٣) فى ثلاث سنين.

(٤) أى المصنف.

(٥) قوله: "فانتقل [بيان التبدل] إلخ" صورته إذا تزوج عبد بمعتقة قوم، فولدت منه أولاد، يكون ولاء الأولاد لموالى الأم، فإذا جنى الولد، فالجناية على عاقلة الأم، فإذا تحملوا عنه، ثم عتق الأب جر ولاء الولد إلى نفسه بسبب حادث، وهو العتق، فلا ينتقل جنايته. (ك)

(٦) كعتق الأب.

(٧) أى وإن لم يتبدل حال القاتل بسبب حادث، بل ظهرت إلخ.

(٨) قوله: "حولت الجناية إلخ" يعنى إذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ، فعقلت عنه عاقلة الأم، ثم ادعاه الأب يثبت منه نسبه، ورجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب. (ك)

(٩) قوله: "ولكن العاقلة إلخ" نظيره ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها عطاء، ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه إلى البصرة، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة، وعلى قول زفر: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبى يوسف أيضًا. (كفاية)

(١٠) دية.

(١١) الدية.

(١٢) قوله: "فلحقها إلخ" نظير الزيادة ما حول ديوانه إلى العاقلة بعد القضاء عليهم يشاركهم المضموم إليهم، فيما يؤدون بعد التحويل، ونظير النقصان ما إذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل فى خطئه ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وقد كان يصيبه قبل النقصان أقل من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وإن قلت العاقلة حتى يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، ضم إليهم أقرب القبائل فى النسب حتى يصيبه فى عطاء ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وهذا فى إيجاب الزيادة عليهم إجحافًا بهم، ولأنه متى حزبهم أمر، ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بأنفسهم، فإنما يستعينون بأقرب

فيما سبق أداءه[1]، فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد، والله أعلم بالصّواب.

كتاب الوصايا[2]

باب في صفة الوصية[3] ما يجوز من ذلك وما يستحب منه، وما يكون رجوعا عنه

قال[4]: الوصية غير واجبة[5]، وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تمليك[6] مضاف إلى حال زوال مالكيّته[7].

القبائل إليهم، فكانوا في بعض الأحوال يستنصرون بهم عند الحاجة، فلذلك يضمنون إليهم في تحمل العقل عند الحاجة. (ك)

(١٣) كما إذا بلغ صبي من العاقلة.

(١٤) كما إذا مات بعضهم.

(١) قوله: "إلا فيما سبق أداءه" استثناء من قوله: اشتركوا يعني لا يشتركون فيه، بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم. (ع)

(٢) قوله: "كتاب الوصايا" لا يخفى ظهور مناسبة إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب؛ لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت، وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات؛ إذ الجناية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية. (مجمع الأنهر)

قوله: "الوصايا [وسببها أن يذكر بالخير في الدنيا، ونيل الدرجات العلى بالعقبى. مجمع الأنهر]" الوصية اسم بمعنى المصدر، ثم سمي الموصى به وصية، وهي في الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. (ع)

(٣) قوله: "باب في صفة الوصية" وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع، وأن لا يكون مديونًا، وكون الموصى له حيًا وقت الوصية، وإن لم يولد، وأجنبيًا عن الميراث، وأن لا يكون قاتلا، وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئًا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي، سواء كان موجودًا في الحال، أو معدومًا، وأن يكون بمقدار الثلث، وركنها أن يقول: أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه عن الألفاظ المستعملة فيها، وأما حكم الوصية، ففي حق الموصى له أن يكون الموصى به ملكًا جديدًا، كما بالهبة، وفي حق الموصي إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث. (ع)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "غير واجبة إلخ" إنما ذكر قوله: وهي مستحبة بعد قوله: غير واجبة لنفي قول بعض الناس: الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار، واستدلوا بظاهر قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرن الوصية للوالدين والأقربين﴾، والمكتوب علينا يكون فرضًا، وقال عليه السلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»، ولنا أنها مشروعة لنا لا علينا، وما شرع لنا يكون مندوبا، وهي تبرع بعد الوفاة، فيعتبر بالتبرع في حال الحياة، وما تلوه منسوخ بآية المواريث، وما رووا، فهو شاذ فيما يعم به البلوى، والوجوب لا يثبت بمثله. (ك)

(٦) قوله: "لأنه إلخ" ولأنها لو جازت، فأما أن يزول عن ملك الموصي، ويدخل في ملك الموصى له قبل القبول كالإرث، وهو باطل؛ لأنه لا قدرة له على إزالة ملكه إلى غيره إلا برضاه، أو يزول عن ملك الموصي، ولا يدخل في ملك الموصى له ما لم يقبل، وفيه جعل كونه مملوكًا بلا مالك، أو لا يزول عن ملك الموصي، بل يبقى على حكم ملكه إلى أن يقبل، وهو باطل أيضًا؛ لأن الميت ليس بأهل للملك. (ك)

(٧) الموصي.

ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل: ملّكتُك غداً كان باطلا، فهذا أولى، إلا أنا استحسناه[١] لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله[٢] مقصر فى عمله، فإذا عرض له المرض، وخاف البيات[٣] يَحتاج إلى تلافى[٤] بعض ما فرط[٥] منه من التفريط[٦] بماله على وجه لو مضى[٧] فيه[٨] يتحقق مقصده المآلى، ولو أنهضه[٩] البرء يَصرفه[١٠] إلى مطلبه الحالىّ، وفى شرع الوصيّة ذلك[١١] فشرعناه، ومثله فى الإجارة بيناه[١٢].

وقد تبقى المالكية[١٣] بعد الموت باعتبار الحاجة، كما فى قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب، وهو قول الله تعالى: ﴿من بعد وصيّة يُوصى بها أو دين﴾.

والسنة وهو قول النبى عليه السلام[١٤]: «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم»*، أو قال: «حيث أحببتم»، وعليه إجماع الأمة.

ثم تصح[١٥] للأجنبى فى الثلث من غير إجازة الورثة؛ لما روينا[١٦]، وسنبين ما

---

(١) قوله: "استحسناه" بالكتاب: وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، والسنة: وهو قوله عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم» الحديث، وإجماع الأمة ولحاجة الناس إليها. (ك)

(٢) أمل: اميد داشتن، واميد. (م)

(٣) قوله: "وخاف البيات [الموت]" أراد بالبيات الهلاك والموت، والبيات اسم بمعنى التبييت، وهو أن يأتى العدو ليلا. (عن)

(٤) تدارك: دريافتن چيزى يقال: تلافيته إذا تداركته. (من)

(٥) سبق.

(٦) تقصير.

(٧) ومات.

(٨) أى التلافى.

(٩) الإنهاض: برخيزانيدن. (م)

(١٠) مال.

(١١) أى حصول المقصد المآلى أو الحالى.

(١٢) قوله: "ومثله فى الإجارة بيناه" يعنى كما أن الوصية لا تجوز فى القياس، وتجوز فى الاستحسان، وكذلك الإجارة لا تجوز فى القياس؛ لأنها تمليك منفعة معدومة، ولكنها جوزت استحسانًا دفعًا لحاجة الناس. (عن)

(١٣) جواب عن وجه القياس. (ع)

(١٤) قوله: "وهو قول النبى إلخ" أخرج ابن ماجة فى "سننه" عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٩، الحديث ١٠٥٣. (نعيم)

هو الأفضل فيه[١]، إن شاء الله تعالى.

قال[٢]: ولا تجوز بما زاد على الثلث؛ لقول النبى عليه السلام[٣] فى حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه: «الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيّته بالكلّ والنصف»*، ولأنه[٤] حق الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال[٥] إليهم، وهو استغناءه[٦] عن المال، فأوجب تعلّق حقهم به إلا أن الشرع لم يُظهره فى حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك[٧] تقصيره على ما بيناه[٨].

وأظهره[٩] فى حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به[١٠] عليهم تحرزاً[١١] عما يتفق[١٢] من الإيثار على ما نبيّنه[١٣]، وقد جاء فى الحديث[١٤]: «الحيف[١٥] فى

---

(١٥) الوصية.

(١٦) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «بثلث أموالكم من غير تقييد بإجازة». (عناية)

(١) قوله: "وسنبين ما هو الأفضل [أى على جواز الوصية] فيه" أى فى الوصية، أو فى قدر الوصية، وأشار بذلك إلى ما بعد ورقة بقوله، ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث. (عن)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "لقول النبى ﷺ إلخ" روى محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار" قال: أخبرنا أبو حنيفة، قال: حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص، قال: "دخل النبى ﷺ يعودني قال: فقلت: يا رسول الله! أوصي بمالى كله، قال: لا، فقلت: فبالنصف، قال: لا، فقلت: فبالثلث، قال: الثلث والثلث كثير لا تدع أهلك يتكففون الناس"، وفى رواية "صحيح البخارى": «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»، والعالة جمع عائل، وهو الفقير تكفف السائل، واستكف إذا بسط كفيه للسؤال، وسأل الناس كفًا من طعام، أو ما يكف الجوعة، كذا فى "الفائق". (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠١، والدراية ج٢ ص٢٨٩، الحديث ١٠٥٤. (نعيم)

(٤) مال.

(٥) أى زوال الملك عن الموصى إليهم.

(٦) الموصى.

(٧) الموصى.

(٨) آنفًا.

(٩) فلم يصح إيصاءه له أصلا.

(١٠) الثلث.

(١١) قوله: "تحرزاً إلخ" أى تحرزاً عما يتفق من إيثار الموصى بعض الورثة على البعض فى الوصية؛ لأنه حينئذ يتأذى البعضُ الآخر، فيفضى ذلك إلى قطع الرحم، وهو حرام بالنص. (عن)

(١٢) أى عما يقع اتفاقًا. (عن)

(١٣) قوله: "على ما نبينه" يعنى عند قوله: بعد هذا، ولا يجوز لوارثه. (ف)

(١٤) قوله: "وقد جاء فى الحديث إلخ" أخرج الدارقطنى فى "سننه" عن عمر ابن المغيرة عن داود ابن أبى هند عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال: «الإضرار فى الوصية من الكبائر»، انتهى.

الوصية من أكبر الكبائر وفسّروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث»*.

قال[٢]: إلا أن يجيزها الورثة بعد موته[٣]، وهم[٤] كبار؛ لأن الامتناع لحقهم، وهم أسقطوه، ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته؛ لأنها[٥] قبل ثبوت الحقّ؛ إذ الحق يثبت[٦] عند الموت، فكان لهم[٧] أن يردوه[٨] بعد وفاته.

بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه؛ لأن الساقط[٩] متلاشٍ غاية الأمر[١٠] أنه يستند[١١] عند الإجازة، لكن الاستناد يظهر في حق القائم.

ورواه ابن مردويه في تفسيره بلفظ الحيف في الوصية من الكبائر، ورواه العقيلي في ضعفاءه بلفظ الدارقطني، وقال: لا نعرف أحدا رفعه غير عمر بن المغيرة المصيصي، انتهى، وأخرجه النسائي في التفسير عن علي بن مسهر عن داود ابن أبي هند موقوفًا. (ت)

(١٥) قوله: "الحيف" روى بالحاء المهملة وسكون الياء، وهو الظلم، وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحين، وهو الميل. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٤٠١، والدراية ج٢ ص٢٨٩، الحديث١٠٥٥. (نعيم)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "إلا أن يجيزها إلخ" قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في "شرح الكافي": ولو أوصى بأكثر من الثلث لم يجز الفضل على الثلث إلا أن يجيز الورثة بعد موته، وهم كبار. (عن)

(٤) الواو حالية.

(٥) إجازة حال الحياة.

(٦) قوله: "يثبت" لأنه إنما يحكم بكون المرض مرض الموت عند الموت. (غن)

(٧) قوله: "فكان لهم" أي للورثة أن يردوا ما أجازوا من الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي إن كانت إجازتهم في حياته، بخلاف ما إذا كانت الإجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد بعد ذلك؛ لأنهم أسقطوا حقهم بعد ثبوته. (غن)

(٨) بعد الإجازة في حياته.

(٩) قوله: "لأن الساقط إلخ" متعلق بقوله: فكان لهم أن يردوه يعني إنما كان للورثة رد ما أجازوه في حال حياة الموصي؛ لأن إجازتهم كانت ساقطة حينئذٍ لعدم مصادفتها محلها؛ لأن الحق لم يثبت لهم إلا عند الموت، فلما كانت تلك الإجازة ساقطة كان لهم ردها؛ لأنها لم تكن معتبرة. (غن)

(١٠) قوله: "غاية الأمر إلخ" يعني فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل، فإن حق الورثة يثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها، فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد، أجاب بقوله: غاية الأمر يعني أن حقهم، وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقها الإجازة كثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيها مستندا إلى أول العقد والغصب، وهذا يعني ما نحن فيه من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذا لم يصادف محله، فلا يلحقه الاستناد. (عناية)

(١١) أي يثبت حقهم عند الإجازة استنادًا.

وهذا[1] قد مضى وتلاشى، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت[2]، وقبله[3] يثبت مجرّد الحق، فلو استند من كل وجه[4] ينقلب[5] حقيقةً قبله[6]، والرضا ببطلان الحق[7] لا يكون رضا ببطلان الحقيقة، وكذلك إن كانت الوصية للوارث، وأجازت البقية، فحكمه ما ذكرناه[8].

وكل ما جاز بإجازة الوارث[9] يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا، وعند الشافعي[10] من قبل الوارث.

والصحيح قولنا؛ لأن السبب[11] صدر من الموصى، والإجازة رفع المانع[12]، وليس من شرطه القبض[13]، وصار كالمرتهن[14] إذا أجاز بيع الراهن.

---

(١) أي الإجازة قبل الموت. (تاج الشريعة)

(٢) قوله: "ولأن الحقيقة إلخ" دليل آخر، وتقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت، لا قبله، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك، فلو استند ملكه إلى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة، وذلك باطل؛ لوقوع الحكم قبل السبب، وهو مرض الموت. (ع)

(٣) الموت.

(٤) قوله: "من كل وجه" إنما قيد بقوله: من كل وجه دفعا لوهم من يقول: حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين، فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً، ووجه ذلك أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه، وهو لا يجوز؛ لما مر (ع)

(٥) الحق.

(٦) الموت.

(٧) قوله: "والرضا إلخ" جواب عما يقال: إن الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضا، فصار كسائر الإسقاطات، وفيها لا رجوع، فكذلك فيه، ووجهه أنه قد عرف أن ثمه حقًا وحقيقةً، وإنما رضى ببطلان الحق، لا ببطلان الحقيقة؛ لأن الرضا ببطلانها تستلزم وجودها، ولا وجود لها قبل السبب. (عناية)

(٨) أي تعتبر الإجازة بعد الموت، لا قبله. (ك)

(٩) قوله: "وكل ما جاز إلخ" ذكره تفريعاً قال في "مختصر الأسرار": إذا وصى بجميع ماله، فإجازة الورثة كان تمليكًا من الميت، وكذلك الوصية للوارث واحد قولي الشافعي: إنه يكون هبة من الورثة إن قبضت صحت، وإلا بطلت، وفائدة تملك المجاز له، وهو الموصى له من قبل الموصى صحة الإجازة في المشاع، وكونه ملكًا له قبل التسليم، وكون الوارث مجبوراً بالتسليم بعد الإجازة، ولو كانت هبة مبتدأة من الوارث، انعكست الأحكام، فعلى ما قال الشافعي: لا جبر على التسليم، ولا ملك قبل التسليم. (غن)

(١٠) قوله: "وعند الشافعي" وجه قول الشافعي: إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكًا للوارث، فيثبت الملك للوارث بغير قبوله، ولا يرتد برده، فإجازته يكون إخراجًا عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض، ولنا أن الموصى صدر منه السبب، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك، وكل ذلك ظاهر، فالموصى له يتملك من الموصى. (ع)

(١١) أي سبب ملك الموصى له.

(١٢) قوله: "والإجازة رفع المانع" جواب عن جعل الإجازة إخراجًا عن الملك يعني أن الإجازة ليست سبب الخروج عن الملك، وإنما هو رفع المانع. (ع)

قال[١]: ولا تجوز[٢] للقاتل[٣]، عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً[٤]؛ لقوله عليه السلام*: «لا وصية للقاتل»[٥]، ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى، فيحرم الوصيّة كما يُحرم الميراث[٦]. وقال الشافعي: تجوز للقاتل[٧]، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل، ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصيّة عندنا، وعنده لا تبطل، والحجة عليه في الفصلين[٨] ما قلناه.

ولو[٩] أجازتها[١٠] الورثة جاز عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا تجوز؛ لأن جنايته باقية، والامتناع[١١] لأجلها.

---

(١٣) قوله: "وليس من شرطه القبض" كأنه يقول: لو كان هبة لكان القبض شرطاً، وهو ممنوع. (ع)

(١٤) قوله: "وصار كالمرتهن إلخ" أى صار ما نحن فيه كالمرتهن إن أجاز بيع الراهن فى كون السبب صدر من الراهن، والملك للمشترى يثبت من قبله، فإجازة المرتهن رفع المانع. (عناية)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٢) الوصية.

(٣) أى لمن جرح، فأوصى له، ثم مات الموصى من ذلك الجرح.

(٤) قوله: "بعد أن كان مباشراً [لا سبباً]" وإنما قيد بالمباشر؛ لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث، وبطلان الوصية، كما فى حافر البئر، وواضع الحجر فى غير ملكه. (عن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٢، والدراية ج٢ص٢٩٠، الحديث١٠٥٦. (نعيم)

(٥) قوله: "لا وصية للقاتل" قلت: أخرجه الدارقطنى فى الأقضية عن مبشر بن عبيد عن الحجاج ابن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن ابن أبى ليلى عن على ابن أبى طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس لقاتل وصية»انتهى، قال الدارقطنى: "مبشر متروك، يضع الحديث"، انتهى. (ت)

(٦) قوله: "كما يحرم الميراث" ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية، كما فى الرق، واختلاف الدين، وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم فى تركته، والموصى له يشاركه فى هذا المعنى، فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم. (عناية)

(٧) لأنه أجنبى منه، فصحت له كما صحت لغيره. (عناية)

(٨) قوله: "والحجة عليه [الشافعى] فى الفصلين" يعنى فيما إذا كان القتل قبل الوصية، أو بعدها ما بيناه يعنى من الحديث، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية، وتأخره عنها، ومن المعقول الذى ذكره، اعترض عليه بأن ذلك صحيح، إذا كان القتل بعد الوصية، وأما إذا كان الجرح قبلها، فلا استعجال ثمه، وأجيب بجعل الجارح مستعجلا، وإن تقدم جرحه على الوصية؛ لما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر فى كون الموصى له قاتلا، أو غير قاتل لجواز الوصية، وفسادها يوم الموت، لا يوم الوصية، فبالنظر إلى وقت الموت، كان القتل مؤخّراً عن الوصية، واعترض بنقض إجمالى، بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر، إذا قتل مولاه؛ لأن التدبير وصية، وهو لا يصح للقاتل، وأجيب بأن عتقه من حيث إن موته جعل شرطا لعتقه، وقد وجد، ولكن يسعى المدبر فى جميع قيمته؛ لأنه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذى لا يقبل الرد، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية. (ع)

(٩) ذكره على سبيل التفريع.

(١٠) الوصية للقاتل.

(١١) أى حرمانه كان بطريق العقوبة. (ك)

ولهما أن الامتناع لحق الورثة؛ لأن نفع بطلانها[١] يعود إليهم كنفع بطلان الميراث[٢]، ولأنهم[٣] لا يرضونها[٤] للقاتل، كما لا يرضونها لأحدهم[٥].

قال[٦]: ولا تجوز لوارثه[٧]؛ لقوله عليه السلام*: «إن الله تعالى أعطى كل ذى حقّ حقّه ألا لا وصية للوارث»[٨]، ولأنه يتأذّى البعض[٩] بإيثار البعض، ففى تجويزه قطيعة[١٠] الرحم[١١]، ولأنه حَيفٌ بالحديث الذى رويناه[١٢].

ويعتبر كونه وارثًا، أو غير وارث وقت الموت، لا وقت الوصية[١٣]؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[١٤]، وحكمه يثبت بعد الموت، والهبة من المريض[١٥] للوارث فى هذا[١٦] نظير الوصية؛ لأنها وصيّة حكمًا، حتى تنفذ من الثلث[١٧]،

---

(١) الوصية.

(٢) قوله: "كنفع [التشبيه من حيث مجرد النفع العائد إليهم عند بطلانها لا غير. ك] بطلان الميراث" أى ميراث القاتل إلا أن الوصية لو لحقها الإجازة تصح، والميراث لا يصح، وإن أجازوا؛ لأن إجازة العبد ورده إنما تعمل فيما إذا كان من جهة العبد كالوصية، فإنه تبرع وتمليك من جهته، ولا كذلك الميراث؛ لأنه من جهة الشرع، لا صنع للعبد فيه. (مل)

(٣) قوله: "ولأنهم إلخ" هذا التعليل لبيان امتناع وصية القاتل لحق الورثة باعتبار أنهم لا يرضونها للقاتل، كما لا يرضونها لأحدهم، والورثة لو رضوا بالوصية لأحدهم يجوز، فكذا للقاتل، وما قاله أبو يوسف: إن حرمانه كان بطريق العقوبة، قلنا: لا نسلم ألا ترى أنه يستوى فيه الخاطئ والعامد، والخاطئ لا يستحق العقوبة. (مل)

(٤) الوصية.

(٥) الورثة.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٧) الموصى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٣، والدراية ج٢ ص٢٩٠، الحديث١٠٥٧. (نعيم)

(٨) رواه ابن ماجة فى "سننه" عن أنس. (ت)

(٩) الذى حرم الوصية. (غن)

(١٠) جدائى، وقطع الرحم حرام، فكذا ما كان سببًا لحصوله. (غن)

(١١) خويشى.

(١٢) قوله: "بالحديث الذى رويناه" إشارة إلى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية. (ع)

(١٣) قوله: "لا وقت الوصية" حتى لو أوصى لأخيه، وهو وارث، ثم ولد له ابن، صحت الوصية للأخ، وعكسه لو أوصى لأخيه، وله ابن، ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للأخ. (زيلعى)

(١٤) فيعتبر زمان التمليك، لا قبله. (عن)

(١٥) مرض الموت. (غن)

(١٦) أى فى اعتبار كونه وارثًا وقت الموت.

(١٧) أى بدليل أنها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبى كالوصية للأجنبى تنفذ من الثلث. (غن)

وإقرار المريض للوارث على عكسه[1]؛ لأنه تصرف فى الحال، فيعتبر ذلك وقت الإقرار.

قال[2]: إلا[3] أن يجيزها الورثة، ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه[4]، ولأن الامتناع لحقّهم[5]، فتجوز بإجازتهم، ولو أجاز بعضٌ ورد بعضٌ تجوز على المجيز بقدر حصته؛ لولايته عليه، وبطل فى حق الرادّ.

قال[6]: ويجوز[7] أن يوصى المسلم للكافر[8]، والكافر للمسلم، فالأول؛ لقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين﴾[9] الآية.

والثانى؛ لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات، ولهذا جاز التبرّع من الجانبين[10] فى حالة الحياة، فكذا بعد الممات.

وفى "الجامع الصغير"[11]: الوصية لأهل الحرب باطلة؛ لقوله تعالى: ﴿لا

---

(١) قوله: "وإقرار المريض للوارث على عكسه" أى على عكس الحكم فى الهبة حتى يعتبر كونه وارثًا عند الإقرار، لا عند الموت؛ لأن الإقرار تمليك، وتصرف فى الحال من غير نظر إلى ما بعد الموت، ولهذا لو أقر فى مرض الموت لأجنبى بدين صح من جميع المال، وفائدة هذا أنه إذا لم يكن وارثًا عند الإقرار، ثم صار وارثًا، فمات المقر لا يبطل إقراره، ولكن هذا إذا صار وارثًا بسبب حادث؛ لأن الاستحقاق مضاف إلى السبب الحادث، لا إلى القرابة.

فأما إذا صار وارثًا بسبب القرابة لكن امتنع عملها لمانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت، ولهذا لو أقر لأجنبى، ثم قال: هو ابنى ثبت نسبه منه، وبطل إقراره، فإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها لم يبطل إقراره. (غن)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) استثناء من قوله: ولا تجوز لوارثه.

(٤) قوله: "ويروى إلخ" أخرج الدارقطنى فى "سننه" فى الفرائض عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة، انتهى.

(٥) قوله: "ولأن الامتناع لحقهم" أى لحقهم الذى هو تأذيهم بإيثار البعض دون البعض، وبالتقييد على هذا الوجه يندفع ما قيل: لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا، أو لم يجيزوا؛ لأنه لا حق لهم فى الثلث، كما فى الوصية لأجنبى. (عناية)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ويجوز إلخ" وافترق الوصية والإرث حيث لا يجرى التوارث بين المسلم والذمى، ويجرى الوصية بينهما، وذلك لأن الإرث ولاية بطريق الخلافة؛ لأن ما كان للمورث كان للوارث، ولا ولاية مع اختلاف الدين، وأما الوصية، فملك مبتدأ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يصير مغرورًا مما اشتراه الموصى، بخلاف الوارث. (غن)

(٨) الذمى. (ح)

(٩) ﴿ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾.

(١٠) المسلم والكافر الذمى.

(١١) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" قالوا فى شروح "الجامع الصغير": وفى "السير الكبير": ما يدل على الجواز، فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغى أن يفعل، وإن فعل جاز؛ لأنه أهل للتملك، أما وصية الحربى لمسلم، أو ذمى بماله كله، فذلك جائز. (غن)

ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾[١] الآية.

قال[٢]: وقبول الوصية بعد الموت[٣]، فإن قبلها الموصى له في حال حياته[٤]، أو ردها، فذلك باطل؛ لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به[٥]، فلا يعتبر[٦] قبله، كما لا يعتبر قبل العقد[٧].

قال[٨]: ويستحب[٩] أن يوصى الإنسان بدون الثلث، سواء كانت الورثة أغنياء، أو فقراء؛ لأن في التنقيص[١٠] صلة[١١] القريب بترك ماله عليهم.

بخلاف استكمال الثلث؛ لأنه استيفاء تمام حقه[١٢]، فلا صلة، ولا منّة، ثم الوصية بأقلّ من الثلث أولى، أم تركها قالوا: إن كانت الورثة فقراء، ولا يستغنون بما يرثون[١٣]، فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه السلام[١٤]: «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح[١٥]»*، ولأن فيه رعاية حقّ الفقراء[١٦]،

---

(١) ﴿وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم﴾.

(٢) أي القدوري في "مختصره".

(٣) قوله: "وقبول إلخ" القبول ليس بشرط لصحة الوصية، وإنما هو شرط لثبوت الملك للموصى له، وللوصية شبه بالميراث من حيث إنها تملك بالموت، وشبه بالهبة من حيث إنها تمليك الغير، فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له، فقلنا: لا يملك قبل القبول، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول، فقلنا: إنه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الإمكان، وإن مات الموصى له من غير رد وقبول، فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياساً، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا، أو قبلوا في الاستحسان. (عناية)

(٤) الموصى.

(٥) لأن الوصية تمليك يتعلق بالموت. (غن)

(٦) القبول أو الرد.

(٧) أي عقد الوصية.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "ويستحب إلخ" روى عن أبي بكر وعمر أنهما قالا: لأن يوصى بالخمس أحب إلينا من أن يوصى بالربع، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصى بالثلث. (ك)

(١٠) من الثلث.

(١١) إحسان.

(١٢) الموصى.

(١٣) من نصيبهم.

(١٤) رواه أحمد في "مسنده" عن أبي أيوب الأنصاري. (ت)

(١٥) قوله: "على ذي الرحم الكاشح" هو العدو الذي أعرض كشحه، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل: الكاشح العدو الذي أضمر العداوة في كشحه، وإنما جعل هذا التصرف أفضل؛ لأن التصدق على المحب الصديق مما يميل إليه النفس لمحبته وصداقته، وفي القريب الكاشح المنظور إليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه؛ لأن نفسه

والقرابة جميعًا، وإن كانوا أغنياء، أو يستغنون بنصيبهم.

فالوصية أولى[١]؛ لأنه يكون صدقةً على الأجنبي، والتركُ هبةٌ من القريب، والأولى[٢] أولى؛ لأنه يُبتغى بها وجه الله تعالى، وقيل: في هذا الوجه يُخيّر[٣]؛ لاشتمال كل منهما على فضيلة، وهو الصدقة، أو الصلة، فيخيّر بين الخَيْرَيْن.

قال[٤]: والموصى به يُملك بالقبول[٥]، خلافًا لزفر، وهو أحد قولي الشافعي هو يقول: الوصية أخت الميراث؛ إذ كلٌّ منهما خلافة لما أنه[٦] انتقال، ثم الإرثُ يثبت من غير قبول[٧]، فكذلك الوصية.

ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد[٨]، ولهذا لا يُردّ الموصى له بالعيب[٩]، ولا يردّ عليه بالعيب، ولا يملك[١٠] أحدٌ إثبات الملك لغيره إلا بقبوله، أما الوراثة خلافة حتّى يثبت فيها هذه الأحكام[١١]، فيثبت[١٢] جبرًا من الشرع من غير قبول.

لا تدعوه إلي التصدق عليه، فكان ترجيح معنى القرابة في الإحسان أولى من ترجيح جانب المحبة خصوصاً ما إذا كان ذلك متضمناً مخالفة النفس وقهرها، فكان هو أولى لا محالة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٥، والدراية ج٢ ص٢٩٠، الحديث ١٠٥٨. (نعيم)

(١٦) وذلك لأن الوارث فقيراً أيضاً. (غن)

(١) قوله: "فالوصية أولى" لأنه يحصل له تدارك ما قصر في حياته، والتدارك إنما يقع بالصدقة، ومعنى الصدقة بالوضع عند الأجانب أكمل. (غن)

(٢) الصدقة على الأجنبي.

(٣) الموصي.

(٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "يملك بالقبول" أي بالقبول بعد موت الموصي، وبعد القبول يلزمه، ولا يصح رده على ورثته بلا رضاءهم؛ لأنه بالرد مملك لهم. (ك)

(٦) أي انتقال الملك من المورث.

(٧) من الوارث.

(٨) لا بطريق الخلافة.

(٩) قوله: "لا يرد إلخ" صورته أن يشتري المريض شيئًا يوصي به لرجل، ثم الموصى له يجده معيبا، فإنه لا يرده على بائعه.

وقوله: ولا يرد عليه بالعيب، صورته: أن يوصي بجميع ماله لإنسان، ثم باع شيئًا من التركة، ووجد المشتري عيبًا لا يرده على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين. (عناية)

(١٠) قوله: "ولا يملك إلخ" لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وذلك لأن تنفيذ الوصية منفعة للموصى له، ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب نفقته بلا منفعة تعود إليه، وأمثال ذلك كثيرة. (ع)

(١١) من رد المعيب إلى بائع المورث، ورد المشتري على الوارث.

(١٢) الملك للوارث.

قال[١]: إلا في مسألة واحدة[٢]، وهو أن يموت الموصى، ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانًا.

والقياس أن تبطل الوصيّة[٣]؛ لما بيّنا أن الملك موقوف، فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصيّة من جانب الموصى قد تمت بموته تمامًا لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له[٤]، فإذا مات دخل[٥] فى ملكه، كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات[٦] قبل الإجازة.

قال[٧]: ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصيّة[٨]؛ لأنه أهم الحاجتين، فإنه فرض، والوصيّة تبرّعٌ، وأبدًا يبدأ بالأهم، فالأهم إلا أن تبرئه[٩] الغرماء؛ لأنه لم يبقَ الدين، فتنفذ الوصيّة على الحد المشروع[١٠] لحاجته[١١] إليها.

قال[١٢]: ولا تصح وصيته الصبى[١٣]، وقال الشافعى: تصح إذا كان فى وجوه

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) قوله: "إلا فى إلخ" استثناء من قوله: والموصى به يملك بالقبول يعنى فى المسألة المستثناة يملك بدون القبول. (غن)

(٣) قوله: "والقياس أن تبطل إلخ" وفى بعض المواضع القياس أن يكون ورثته بمنزلته فى الرد والقبول، وفى الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا أو قبلوا.

(٤) إن شاء، وإن شاء وأجاز.

(٥) الموصى به.

(٦) المشترى فى الثلث، فيتم البيع، ويكون المبيع لورثة المشترى.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "لأن الدين مقدم على الوصية" بالإجماع، وإن كانت الوصية مقدمة عليه فى الذكر فى قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، فإن قلت: لم قدمت الوصية على الدين، والدين مقدم عليها فى الشرعية، قلت: لما كان الوصية شبيهة للميراث فى كونها مأخوذةً من غير عوض، كان إخراجها مما يشق على الورثة، ويتعاظمهم ولا تطيب أنفسهم، فكان أداءها مظنة للتفريط، بخلاف الدين فإن نفوسهم مطمئنة إلى أداءه، فلذلك قدمت على الدين بعثًا على وجوبها، والمسارعة على إخراجها مع الدين، فلذلك جىء بكلمة أو للتسوية بينهما فى الوجوب. (غاية البيان)

(٩) الموصى من الدين. (عن)

(١٠) قوله: "على الحد المشروع" أى فى الثلث، أو فى أكثر منه على تقدير إجازة الورثة، أو عدمهم لعدم المانع، وهو الدين. (غن)

(١١) الموصى.

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٣) سواء مات قبل الإدراك، أو بعده. (ك)

الخير؛ لأن عمر رضى الله عنه أجاز وصية يَفَاع أو يافع[١]، وهو[٢] الذى راهق الحلم[٣]، ولأنه[٤] نظرٌ له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى[٥]، ولو لم تنفذ[٦]، يبقى[٧] على غيره. ولنا أنه[٨] تبرع، والصبىّ ليس من أهله[٩]، ولأن قوله غير ملزم، وفى تصحيح وصيّته قول بإلزام قوله.

والأثر محمولٌ[١٠] على أنه[١١] كان قريب العهد[١٢] بالحُلم مجازاً[١٣]، أو كانت وصيّته في تجهيزه، وأمر دفنه، وذلك[١٤] جائز عندنا، وهو يُحرز الثواب[١٥] بالترك

---

(١) قوله: "وصية [لابنة عم له، وكان وارثه بالشام، كذا فى "الموطأ"] يفاع أو يافع" هذا تشكيك الراوى، وهو عمرو بن سليم شك أن شيخه ذكر يفاع أو يافع. (حميدية)

قوله: "يفاع" يفاع -بفتح التحتية والفاء- مراهق، كذا فى "المحلى"، وفى "الموطأ" أنه كان ذلك الصبى ابن عشر سنين، أو اثنتا عشرة سنة.

(٢) ويفاع.

(٣) أى قارب البلوغ، مراهقة: نزديک بیلوغ رسیدن زن يا مرد.

(٤) صحة وصية الصبى.

(٥) أى القرب عند الله تعالى.

(٦) قوله: "ولو لم تنفذ إلخ" يعنى إذا نفذت الوصية كان ماله باقيًا على نفسه، فإنه يحصل لها بسببها نيل الزلفى، والدرجة العليا، ولم لم تنفذ يبقى ماله على غيره، فكانت الوصية أولى. (عناية)

(٧) الوصية.

(٨) الوصية.

(٩) قوله: "ليس من أهله [التبرع]" ولهذا لا يملك التبرع بماله فى حال الحياة بالإجماع بالهبة، أو الصدقة، فكذا لا يملك بطريق الوصية أيضًا. (غن)

(١٠) قوله: "والأثر إلخ" جواب عن تمسك الخصم بالحديث بجوابين فيهما نظر عندى؛ لأنه صرح الراوى أنه أوصي لابنة عم له بمال، فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه؟ وكيف يقال: يحتمل أنه كان أدرك لكن يسمى غلامًا مجازًا؛ لأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلامًا لم يحتلم؟ والجواب الصحيح أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن والشعبى والنخعى يعتد، بخلافه فى إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسى، ثم روى أصحابنا فى كتبهم عن الشعبى والنخعى والحسن أنهم قالوا: لا يجوز وصية المراهق، فبطل الاحتجاج بالإجماع؛ لأنه لا إجماع للصحابة مع اختلافهم، فبقى تقليد الصحابى، وهو ليس بواجب عند الخصم، فكيف يحتج به على غيرهم، وعندنا لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس على ما ذهب إليه الشيخ أبو الحسن الكرخى، وما نحن فيه يدرك بالقياس، فلا نقلده، والله أعلم. (غن)

(١١) أى أن ذلك الصبى.

(١٢) قوله: "كان قريب العهد إلخ" يعنى كان هو يافعا لكن لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى غلامًا مجازًا تسمية للشيء باسم ما كان عليه. (ن)

(١٣) أى سمى ذلك الصبى يفاعًا مجازًا، وما كان يفاعًا حقيقة.

(١٤) الوصية فى تجهيزه، وأمر دفنه.

(١٥) قوله: "وهو يحرز الثواب إلخ" جواب عن قوله: ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى عندنا.

على ورثته، كما بيناه[١].

والمعتبر في النفع والضرر[٢]، النظر[٣] إلى أوضاع التصرفات، لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق، فإنه لا يملكه، ولا وصية، وإن[٤] كان يتفق نافعًا في بعض الأحوال[٥]، وكذا إذا أوصى[٦]، ثم مات بعد الإدراك[٧]؛ لعدم الأهلية وقت المباشرة[٨].

وكذا[٩] إذا قال: إذا أدركت، فثلث مالي لفلان وصية؛ لقصور أهليته، فلا يملكه تنجيزا وتعليقا، كما في الطلاق والعتاق[١٠].

بخلاف العبد والمكاتب[١١]؛ لأن أهليتهما مستتمة[١٢]، والمانع حقّ المولى، فتصح إضافته إلى حال سقوطه.

قال[١٣]: ولا تصح وصية المكاتب[١٤]، وإن[١٥] ترك وفاءً؛ لأن ماله لا يقبل التبرع[١٦]، وقيل على قول أبي حنيفة: لا تصح.

---

(١) إشارة إلى قوله: فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب.

(٢) قوله: "والمعتبر في النفع والضرر إلخ" تنزل في الجواب كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها، لكن المعتبر في النفع والضرر أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة، ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه، وإن أمكن أن يكون نافعًا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء، ويتزوجها بأختها الموسرة الحسناء؛ لكون ذلك من العوارض، والوصية في الأصل تبرع، والصبي ليس من أهله. (عناية)

(٣) قوله: "والنظر إلخ" يعني أن الوصية في وضعها ضرر لزوال الملك عن الموصي، وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع في حق الصبي، ألا ترى أن الطلاق والعتاق لا يصحان من الصبي؛ لأنه ضرر لزوال الملك، وإن كانا قد يقعان بحسب اتفاق الحال. (غن)

(٤) الواو متصلة.

(٥) بأن يطلق زوجته المعسرة، وينكح مع أختها الموسرة.

(٦) أي لا يصح وصيته.

(٧) بلوغ.

(٨) أي مباشرة عقد الوصية.

(٩) أي لا يصح.

(١٠) فإن الصبي لا يملكها لا تنجيزًا، ولا تعليقًا.

(١١) يعني إذا قال: العبد والمكاتب إذا أعتقت فثلث مالي وصية تصح.

(١٢) استتمه: تمام كرد آن را. (من)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٤) يعني تنجيزًا؛ لأن الإضافة إلى العتق صحيحة، كما مر آنفًا. (عناية)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) قوله: "لأن ماله لا يقبل التبرع" ولهذا لا يصح عتقه وهبته، فإذا لم يحتمل ماله التبرع لم يصح وصيته؛ لأنها

وعندهما تصح ردًا لها[١] إلى مكاتب يقول: كل مملوك أملكه فيما استقبل[٢]، فهو حرّ، ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف، عرف في موضعه[٣].

قال[٤]: وتجوز الوصية للحمل[٥]، وبالحمل[٦] إذا وضع[٧] لأقل[٨] من ستة أشهر من وقت الوصية.

أما الأول[٩]: فلأن الوصيّة استخلاف[١٠] من وجه؛ لأنه يجعله[١١] خليفة فى بعض ماله، والجنين صلح خليفةً فى الإرث، فكذا فى الوصية؛ إذ هى أخته[١٢] إلا أنه يرتد بالرد؛ لما فيه[١٣] من معنى التمليك.

بخلاف الهبة[١٤]؛ لأنها تمليك محض، ولا ولاية لأحدٍ عليه ليُملّكه شيئًا.

تبرع لزوال الملك بلا عوض. (غن)

(١) قوله: "ردًا لها إلى مكاتب إلخ" يعنى كما يصح إعتاق المكاتب عندهما فى تلك المسألة تصح وصية المكاتب أيضًا عندهما، إذا ترك وفاء؛ لأنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته، وعند أبى حنيفة لا يعتق ما ملكه بعد العتق فى تلك المسألة، فكذلك ههنا لا ينفذ وصيته، وإن ترك وفاء. (غن)

(٢) مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالى عما فى بطن فلانة. (م)

(٣) قوله: "عرف فى موضعه" يعنى فى باب الحنث فى ملك المكاتب والمأذون من أيمان "الجامع الكبير"، وما عرف ثمة هو أن المكاتب، إذا قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل، فهو حر، فعتق، فملك لم يعتق عند أبى حنيفة، وعتق عندهما، لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك قابل للإعتاق، وهو ما بعد الحرية، ولأبى حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك: أحدهما: ظاهر، وهو ما قبل الإعتاق، والثانى: غير ظاهر، وهو ما بعد الإعتاق، فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. (عناية)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "للحمل [مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالى؛ لما فى بطن فلانة. ع]" فإن قيل: الوصية تحتاج إلى القبول، وهو ليس من أهل القبول، قلنا: الوصية تشبه الميراث، وتشبه الهبة؛ لما بينا، فلشبهها بالهبة إذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول، ولشبهها بالإرث، لا يشترط القبول؛ إذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملا بالشبهين. (ك)

(٦) كما إذا أوصى بما فى بطن جاريته، ولم يكن من المولى.

(٧) قوله: "إذا وضع إلخ" أى إذا علم أنه ثابت موجود فى البطن وقت الوصية له، أو به، ومعرفة ذلك إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى، ومن وقت موت الموصى على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث. (م)

(٨) قوله: "لأقل" أما إذا ولدت لستة أشهر، أو لأكثر، فلا وصية لاحتمال الوجود، والعدم حينئذ. (غن)

(٩) وهو الوصية للحمل.

(١٠) لا أنه يملكه فى الحال. (م)

(١١) الموصى.

(١٢) قوله: "إذ هى أخته" فإن قيل: لو كانا أختين لما جاز ردها، كما لم يجز رده، أجاب بقوله: إلا أنه إلخ. (م)

(١٣) دون الميراث لعدم ذلك فيه. (م)

وأما الثانى[1]: فلأنه بعرض الوجود[2]؛ إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، وبابها أوسع[3] لحاجة الميت وعجزه، ولهذا تصح[4] فى غير الموجود كالثمرة[5]، فلأن تصح في الموجود أولى.

قال[6]: ومن أوصى بجارية[7] إلا حملها صحت الوصيّة والاستثناء[8]؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظًا، ولكنه يستحق بالإطلاق[9] تبعًا، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية، فجاز استثناءه، وهذا هو الأصل أن[10] ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه منه؛ إذ لا فرق بينهما[11]، وما لا

---

(١٤) قوله: "بخلاف الهبة" متصل بقوله: تجوز الوصية للحمل يعنى أن الهبة لا تصح؛ لأنه تمليك محض، والجنين ليس بصالح لذلك؛ لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض، ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئًا يحصل الملك فيه للقبض. (ع)

(١) وهو الوصية.

(٢) قوله: "فلأنه بعرض [پيش آمدن] إلخ" ولقائل أن يقول: إن فى كلام المصنف تناقضاً ظاهراً لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير موجوداً، وإذا كان موجوداً، لا يكون بعرض الوجود، والجواب أن معنى قوله: بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه، ومعنى قوله: إذا علم وجوده تحققه، وكونه فى بطن الأم، فاندفع التناقض. (عناية)

(٣) وصية.

(٤) الوصية.

(٥) قوله: "كالثمرة" رجل أوصى له بثمرة بستان، وهو يخرج من ثلثه، ثم مات، فإن أبا حنيفة قال: فى ذلك إن كان فيه ثمرة، فليس له إلا تلك الثمرة، وإن لم يكن، فله ثمرته أبداً من الثلث. (مخ)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ومن أوصى إلخ" يعنى قال: أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية، والاستثناء جميعاً؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً؛ لأنه ليس بموضوع له، ولا هو داخل فى الموضوع له، وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كقميصها، أو سراويلها مما يلبس بها، فإن قيل: كيف صح الاستثناء، وهو تصرف لفظى لا يرد على ما لا يتناوله، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير الملك للموصى له، كما كان قبل الوصية، كما لو قال: أوصيت لفلان ألف درهم إلا فرسا، فإن الوصية فى الألف صحيحة، والاستثناء أيضاً صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس باعتبار خروجه من المستثنى منه، فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل، فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له، ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أمواله، أجاب بقوله: ولكنه يستحق إلخ يعنى أنه لم يتناوله بالعموم، بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الإفراد، فإذا أفرد الأم لم يستثن مطلقًا، بل تقيدت الأم بالإفراد، فصحت الوصية بها مفردة. (ع)

(٨) فالجارية للموصى له بها، والحمل للورثة. (غر)

(٩) أى إذا أطلق اسم الجارية، ولم يستثن.

(١٠) بيان أصل.

(١١) قوله: "إذ لا فرق بينهما [أى بين إفراد العقد، وصحة الاستثناء. حميدية]" إذ يعتمد كل واحد منهما على أن يكون المحل معلوماً، فكما لا يصح إيراد العقد على المجهول لا يصح استثناء المجهول منه، وهذا لأن الاستثناء هو المنع، فما يصح إثبات الحكم فيه على الانفراد يصح منع الحكم عنه، والاستثناء ههنا موجود؛ لأن باب الوصية أوسع، فالحمل وإن

يصح إفراده بالعقد، لا يصح استثناؤه منه، وقد مر[1] في البيوع[2].

قال[3]: ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية؛ لأنه تبرّع لم يتم[4]، فجاز الرجوع عنه كالهبة، وقد حققناه في كتاب الهبة، ولأن القبول[5] يتوقف[6] على الموت[7]، والإيجابُ يصح إبطاله قبل القبول، كما في البيع[8].

قال[9]: وإذا صرح بالرجوع، أو فعل ما يدل على الرجوع، كان رجوعًا، أما الصريح[10]: فظاهر[11]، وكذا الدلالة؛ لأنها تعمل عمل الصريح، فقام مقام قوله قد أبطلت، وصار كالبيع بشرط الخيار[12]، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة[13]، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير، ينقطع به حقُّ المالك[14]، فإذا فعله الموصى[15] كان رجوعًا[16]، وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب.

كان يدخل في الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ في حق صحة الاستثناء لتوسع باب الوصية، كما يجعل المعدوم فيه موجودًا لهذا المعنى. (ك)

(١) هذا الأصل.

(٢) في باب البيع الفاسد. (غن)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "لأنه تبرع إلخ" يعني أن الوصية تبرع، فيجوز الرجوع فيه كما في الهبة، بل بالطريق الأولى؛ لأن الهبة تمت بالقبض، والوصية لا تتم إلا بالقبول بعد موت الموصى، فإذا جاز الرجوع في الهبة مع تمامها؛ لكونها تبرعا، فلأن يجوز الرجوع في الوصية قبل تمامها بالطريق الأولى؛ لأنه لا إلزام فيه على المتبرع. (عن)

(٥) قوله: "ولأن القبول [أي قبول الموصى له الوصية]" يمكن أن يقرر هذا الدليل بأن الملك موقوف على القبول، والقبول موقوف على الموت، فالملك موقوف على الموت، فقبل الموت لا يحصل الملك، فيصح للموصى الرجوع عن الوصية، وقوله: والإيجاب إلخ دفع دخل مقدر، تقريره أن الموصى أوجب الوصية، فكيف يرجع؟ فإن فيه إبطال الإيجاب.

(٦) فقبل الموت ما تحقق القبول، فبقي الإيجاب الصرف والإيجاب إلخ.

(٧) أي موت الموصى.

(٨) قوله: "كما في البيع" أي الإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات، كما في البيع، ففي التبرع أولى. (ع)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(١٠) وهو أن يقول: رجعت عما أوصيت به لفلان.

(١١) قوله: "فظاهر" لما قلنا: إن الوصية تبرع، والقبول فيها موقوف على الموت. (غن)

(١٢) للمشترى.

(١٣) أي إذا فعل المشترى ما يدل على إبطال خياره.

(١٤) كمن غصب حنطةً فطحنها، أو حديدًا فاتخذه سيفًا، أو صفرًا فعمله آنية. (ك)

(١٥) في الموصى به بعد الوصية.

(١٦) قوله: "كان رجوعًا" حتى إن من أوصى لإنسان بثوب، فقطعه وخاطه قميصًا، أو أوصى بقطن، فغزله، أو بغزلة، فنسجه، أو أوصى بحديدة فاتخذه سيفًا، فهذه التصرفات دلالة الرجوع؛ لأنها استهلاك العين حكمًا، ألا ترى أنه

وكلّ فعل[١] يوجب زيادة في الموصى به، ولا يمكن تسليم العين إلا بها، فهو رجوع إذا فعله[٢] مثل السويق يلتّه[٣] بالسمن، والدار يبنى فيها الموصى، والقطن[٤] يحشو به[٥]، والبطانة يُبطّن[٦] بها، والظهارة[٧] يظهر بها؛ لأنه لا يمكنه[٨] تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها؛ لأنه حصل في ملك الموصى من جهته.

بخلاف تجصيص[٩] الدار الموصى بها، وهدم بناءها؛ لأنه تصرف في التابع، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى، فهو رجوع، كما إذا باع العين الموصى به، ثم اشتراه، أو وهبه، ثم رجع فيه؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه، فإذا أزاله كان رجوعًا، وذبح الشاة الموصى بها رجوع[١٠]؛ لأنه للصرف إلى حاجته عادة، فصار هذا[١١] المعنى أصلا[١٢] أيضًا، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعًا؛ لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله[١٣] عادة، فكان[١٤] تقريراً[١٥].

ينقطع ملك المغصوب منه بهذه التصرفات. (ك)

(١) قوله: "وكل فعل إلخ" أي كل فعل يوجب زيادة في الموصى به بحيث لا يمكن تمييزها، أو لا يستحق عليه نقضها، كان رجوعًا؛ لأنه لا يمكن تسليم العين الموصى به إلا بتسليم تلك الزيادة، ولا يجب ذلك عليه، فيدل على الرجوع، كما إذا لت السويق الموصى به بسمن، أو بنى بناء في الدار الموصى بها، وكذا إذا أوصى بقطن، ثم حشا بها، أو بثوب، فجعله ظهارة، أو بطانة؛ لأنه لا يجب عليه نقض ذلك؛ لكونه تصرفًا في ملكه، وهذا بخلاف تجصيص الدار، وهدم بناءها، حيث لا يكون رجوعًا؛ لأن البناء تبع، والتجصيص زينة. (غن)

(٢) الموصى.

(٣) أي يخلطه.

(٤) ينبه.

(٥) قوله: "يحشو به" حشو -بالفتح- آگندن وچيزيكه بالش وجز آن بدان آگنده كنند. (م)

(٦) تبطين: جامه را استر كردن.

(٧) ابره وردى جامه. (م)

(٨) الموصى.

(٩) جصص البناء گچ اندود آن را. (من)

(١٠) قوله: "رجوع" وكان ينبغي أن لا يبطل الوصية؛ لأنه نقصان كما إذا قطع ثوبه، ولم يخطه، أو هدم بناء دار، ولكن نقول: يبطل الوصية؛ لأن الذبح دليل على استبقاءه على ملكه، فكان دليل الرجوع؛ لأنه تصرف لا يبقيه عادة إلى وقت الموت؛ لأن اللحم قلما يبقى عادة إلى وقت الموت، فصار من هذا الوجه دلالة للرجوع. (غن)

(١١) أي الصرف إلى حاجته.

(١٢) أي قاعدة كلية.

(١٣) لإزالة الوسخ.

(١٤) الغسل.

(١٥) للوصية. (غن)

قال[١]: وإن جحد الوصية[٢] لم يكن رجوعًا، كذا ذكره محمد[٣]، وقال أبو يوسف: يكون رجوعًا؛ لأن الرجوع نفي[٤] في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعًا[٥].

ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي[٦]، والانتفاء في الحال ضرورة[٧] ذلك[٨]، وإذا كان ثابتًا في الحال[٩]، كان الجحود لغوًا، أو لأن الرجوع[١٠] إثباتٌ في الماضي، ونفيٌ في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، فلا يكون رجوعًا حقيقةً، ولهذا لا يكون[١١] جحود النكاح فرقة.

ولو قال[١٢]: كل وصية أوصيتُ بها لفلان، فهو حرام، وربا لا يكون رجوعًا؛ لأن الوصف[١٣] يستدعي بقاء الأصل، بخلاف ما إذا قال: فهي[١٤] باطلة؛ لأنه

---

(١) أي القدوري في "مختصره". (من)

(٢) بأن قال: لم أوص لفلان، أو ما أوصيت له. (ع)

(٣) قوله: "كذا ذكره محمد" أي في "الجامع الكبير" وذكر في "المبسوط" أنه رجوع، قيل: ما ذكره في "الجامع الكبير" محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصى له، وهذا لا يكون رجوعًا على الروايات كلها، وما ذكر في "المبسوط" محمول على أن الجحود كان عند حضرة الموصى له، وعند حضرته يكون رجوعًا، وقيل: في المسألة روايتان، وقيل: ما ذكر في "الجامع" قول محمد، وما ذكر في "المبسوط" قول أبي يوسف، وهو الأصح. (ك)

(٤) أي نفي الوصية. (ك)

(٥) قوله: "فأولى [ألا ترى أن جحود التوكيل عزل، وجحود المتبايعين إقالة. ك] إلخ" فإنه لما كان نفي الحال وحده رجوعًا، فنفي الماضي والحال لأولى أن يكون رجوعًا. (ع)

(٦) قوله: "أن الجحود إلخ" أي لأن جحود الوصية نفي لها فيما مضى على معنى أن الوصية لم تكن واجبة، وانتفاء الوصية في الحال لزم من ضرورة نفيها في الماضي ضمنا، وما ثبت في ضمن شيء إنما يصح إذا ثبت المتضمن، ولا يثبت المتضمن؛ لأنه كذب، فلا يثبت ما في ضمنه أيضًا، وهو الانتفاء في الحال؛ لأنه بناء على ذلك، فكانت الوصية ثابتة في الحال؛ فلغا الجحود. (غن)

(٧) يعني ضرورة النفي في الماضي.

(٨) لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير. (ع)

(٩) قوله: "وإذا كان ثابتًا إلخ" أي إذا كان الكذب ثابتًا في الحال؛ لكونه كاذبًا في جحوده؛ إذ الغرض أنه أوصى، ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا، فبطل ما هو من ضروراته، وهو الانتفاء في الحال، فكان الجحود لغوًا. (ع)

(١٠) قوله: "أو لأن إلخ" أي أن الرجوع عن الوصية عبارة عن إثباتها في الماضي، وإبطالها في الحال، والجحود عبارة عن نفيها في الماضي والحال جميعًا، فلما كان الرجوع إثباتًا في الماضي، والجحود نفيًا في الماضي لا يكون الجحود رجوعًا للمنافاة بين الإثبات والنفي. (عن)

(١١) قوله: "ولهذا لا يكون إلخ" فلا يستعار للطلاق؛ لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي، والطلاق يقتضي وجوده، فكانا متقابلين، فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "ولو قال: كل وصية إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل "الجامع الكبير" إلا مسألة تأخير الوصية، وكلها مذكورة في "مختصر الكرخي"، وقد ذكرناها صاحب "الهداية" ههنا على سبيل التفريع. (غن)

الذاهب المتلاشي.

ولو قال: أخرتها[1] لا يكون رجوعًا؛ لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين[2]، بخلاف ما إذا قال: تركت؛ لأنه إسقاط.

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان، فهو لفلان، كان رجوعًا؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة[3]، بخلاف ما إذا أوصى به لرجل[4]، ثم أوصى به لآخر؛ لأن المحل[5] يحتمل الشركة، واللفظ صالح لها[6].

وكذا إذا قال[7]: فهو لفلان وارثي يكون رجوعًا عن الأول؛ لما بينا، ويكون وصية للوارث، وقد ذكرنا حكمه[8].

ولو كان[9] فلان الآخر ميتًا حين أوصى، فالوصية الأولى على حالها؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني، ولم يتحقق، فبقي[10] للأول، ولو كان فلان[11] حين قال ذلك حيًا، ثم مات قبل موت الموصى، فهي للورثة[12]؛

---

(١٣) قوله: "لأن الوصف إلخ" يعني أن وصف الوصية بأنها حرام، أو ربا يقتضي كون أصل الوصية باقيًا، فإنه لا وجود لصفة بدون قيامها بالموصوف، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة، أو الربا دليل الرجوع، بخلاف قوله: فهي باطلة؛ لأن الباطل هو المضمحل المتلاشي، فكان قوله: فهي باطلة دليل الرجوع. (غن)

(١٤) أي كل وصية أوصيت بها لفلان، فهي باطلة. (غن)

(١) وصية.

(٢) قوله: "كتأخير الدين" ألا ترى أنك لو قلت لرجل: لك عليه دين قد تركت عليك ديني، كان تركًا، ولو قال: قد أخرت عنك لم يكن تركًا. (كرخي)

(٣) قوله: "يدل على قطع إلخ" قيل: لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره. (عناية)

قوله: "يدل على قطع الشركة" لأن هذا اللفظ يقطع شركة الأول عن الأول؛ لأن العبد الواحد لا يكون بتمامه موصى به مع كونه بتمامه لفلان. (مل)

(٤) فالعبد بين الموصى لهما نصفين. (غن)

(٥) عبد.

(٦) قوله: "واللفظ صالح لها" لأن هذا اللفظ لا يقتضي قطع الشركة، ولهذا لو جمع بينهما، بأن قال: هو لفلان، ولفلان لا يقطع شركة الأول. (كفاية)

(٧) أي قال: كل وصية أوصيت بها لفلان، فهو لفلان وارثي. (غن)

(٨) قوله: "وقد ذكرنا حكمه" وهو أن الورثة بالخيار إن شاءوا أجازوا، وإن شاءوا ردوا. (كفاية)

(٩) قوله: "ولو كان إلخ" يعني لو قال: كل وصية أوصيت بها، فهي لفلان الآخر، وكان فلان الآخر حين أوصى له ميتًا لم يصح الرجوع، فإنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى؛ لأن الوصية للميت باطلة، فصار كأنه لم يوص لأحد بعد الوصية الأولى. (غن)

(١٠) الوصية.

لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع، والثانية بالموت، والله أعلم.

باب الوصيّة بثلث المال(١)

قال(٢): ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تجز الورثة(٣)، فالثلث بينهما؛ لأنه يَضيق الثلث عن حقهما؛ إذ لا تزاد(٤) عليه عند عدم الإجازة على ما تقدّم(٥)، وقد تساويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة، فيكون بينهما.

وإن أوصى لأحدهما بالثلث(٦)، والآخر بالسدس، فالثلث بينهما أثلاثًا؛ لأن كلّ واحد منهما يُدْلي(٧) بسببٍ صحيح(٨)، وضاق الثلث(٩) عن حقيهما، فيقسمانه على قدر حقيهما، كما في أصحاب الديون(١٠)، فيجعل الأقلّ سهمًا، والأكثر سهمين، فصار ثلاثة أسهم، سهم لصاحب الأقل(١١)، وسهمان لصاحب الأكثر(١٢).

---

(١١) قوله: "ولو كان فلان إلخ" يعني إذا كان الفلان الآخر حيًا حين أوصى له يصح النقل عن الوصية الأولى، ثم إذا مات الموصى له الثاني قبل موت الموصي يبطل الوصية الثانية أيضًا بموته قبل الموصي، فبطلت الوصيتان جميعًا الأولى برجوع الموصي عنها، والثانية بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي. (غاية البيان)

(١٢) أي لورثة الموصي، لا لفلان ولا لورثته. (ك)

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما كان أقصى ما يدل عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال، ذكر المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الباب. (عناية)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "ولم تجز الورثة" إنما قيد بقوله: ولم تجز الورثة؛ لأنه إذا أجاز الورثة يضرب كل واحد من الموصى لهما بوصيته، فيكون لهما الثلثان، والثلث للورثة، فإذا انعدمت الإجازة كان الثلث بينهما نصفين، والثلثان للورثة؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق؛ لأنه ليس واحد منهما أحق بثلث المال من الآخر، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق؛ لأن ثبوت الحكم بقدر ثبوت العلة، فيكون ثلث المال بينهما نصفين؛ لأنه هو محل الوصية، وهو قابل للشركة. (غن)

(٤) الوصية.

(٥) أي في أول كتاب الوصايا.

(٦) هذا أيضًا لفظ القدوري. (غن)

(٧) إدلاء بالكسر: كشيدن. (م)

(٨) قوله: "بسبب صحيح" الفرق بين السبب الصحيح، وغير الصحيح على قول أبي حنيفة: إن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه، فهو سبب صحيح، وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه ليس بصحيح، ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر، أما إقرار، أو بينة، أو حكم حاكم. (غن)

(٩) لأن حقهما يزيد على الثلث بسدس. (غن)

(١٠) أي غرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه. (غن)

(١١) سدس.

وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله[١]، ولآخر بثلث ماله، ولم تُجزِ الورثة[٢]، فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما[٣].

وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة[٤] للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة[٥]، والسعاية[٦] والدراهم المرسلة[٧].

لهما في الخلافية[٨] أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق[٩] والتفضيل[١٠]،

---

(١٢) ثلث.

(١) هذا أيضًا لفظ القدوري في "مختصره".

(٢) قوله: "ولم تجز الورثة" إنما قيد بعدم إجازة الورثة؛ لأنه إذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة، ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: لصاحب الجميع ثلث أرباعه، ولصاحب الثلث ربعه. (غن)

(٣) سه حصه موصى له بجميع المال را ويک حصه موصى له بثلث را. (ترجمه)

(٤) قوله: "ولا يضرب [أي لا يعطي أبو حنيفة له شيئًا زائدًا] إلخ" يقال: ضرب له في ماله سهمًا أي جعل، فعلى هذا يكون ما في "المختصر" على حذف المفعول أي لا يجعل له شيئًا فيه، ولا يعطيه، كذا في "المغرب"، وذكر فيه أيضًا ضرب في الجزور بسهم إذا شرك فيها، وأخذ منها نصيبًا، وقال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث. (غن)

(٥) قوله: "إلا في المحاباة" صورة المحابة أن يكون له عبدان قيمة أحدهما مائة وألف، وقيمة الآخر ست مائة، وأوصى بأن يباع أحدهما بفلان بمائة، والآخر بفلان آخر بمائة، فحصل المحاباة ههنا لأحدهما بالألف، والآخر بخمس مائة، وذلك كله وصيته؛ لأنه في حال المرض، فإن لم يكن له مال غير هذين العبدين، ولم تجز الورثة، جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثًا يضرب الموصى له بألف بحسب وصيته، وهي الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته هي خمس مائة، فماله محاباة الألف يأخذ ثلثي الثلث، وماله محاباة خمس مائة يأخذ ثلث الثلث، فإن الألف ثلثان من ألف وخمس مائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث. (مل)

(٦) قوله: "والسعاية" صورة السعاية أن يوصي بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة يعتقان جميعًا، وإن لم يجيزوا يعتقان من الثلث، وثلث ماله ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان، ويسعى في الباقي، والثلث للذي قيمته ألف، ويسعى في الباقي. (ع)

(٧) قوله: "والدراهم المرسلة [أي المطلقة، وهي ما كانت وصيته بشيء غير عينه، ولم ينسب إلى جزء من المال. ك]" صورة الدراهم المرسلة هي أن يوصي لرجل بألفين، ولآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم، ولم تجز الورثة، فإنه يكون بينهما أثلاثًا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة؛ لجواز أن يكون له مال آخر، فيخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ في مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث. (ع)

(٨) وهو ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله، والآخر بثلثه.

(٩) قوله: "قصد إلخ" أي قصد بوصيته بجميع ماله أن يكون الموصى له مستحقا لجميع ماله، وأن يكون سهمه فاضلا عن سهم الموصى له بالثلث، وامتنع الأول لتعلق حق الورثة بما زاد على الثلث، ويثبت الباقي لعدم المانع، فيضرب الموصى له بالكل بجميع وصيته، فيكون الثلث بينهما أرباعًا، ويكون سهم الموصى له بالكل فاضلا عن سهم الموصى له بالثلث، فيحصل مقصود الميت بقدر الإمكان. (مل)

(١٠) أي تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض. (ع)

وامتنع الاستحقاق لحقّ الورثة، ولا مانع من التفضيل، فيثبت كما في المحاباة وأختيها[١].

وله أن الوصيّة[٢] وقعت بغير المشروع[٣] عند عدم الإجازة من الورثة؛ إذ لا نفاذَ لها[٤] بحال، فبطل أصلا.

والتفضيلُ يثبت في ضمن الاستحقاق، فبطل ببطلانه[٥] كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع[٦].

بخلاف مواضع الإجماع[٧]؛ لأن لها نفاذًا في الجملة[٨] بدون إجازة الورثة، بأن كان في المال سعةٌ، فتعتبر في التفاضل؛ لكونه مشروعًا في الجملة، بخلاف ما نحن فيه. وهذا[٩] بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته، وقيمتُه تزيد على الثلث، فإنه[١٠] يضرب بالثلث، وإن[١١] احتمل أن يزيد المال، فيخرج من الثلث؛ لأن هناك

---

(١) أي السعاية والدراهم المرسلة.

(٢) قوله: "أن الوصية إلخ" يعني أن وصية الموصى بما زاد على الثلث وصيته بغير المشروع؛ لأنه لا يملك ذلك إذا لم تجز الورثة، فإذا لم يثبت الاستحقاق في الزائد على الثلث لا يثبت بالفضل أيضًا؛ لأنه بناء على الاستحقاق، وثابت في ضمنه، فإذا انتفى المتضمن انتفى ما في ضمنه. (غن)

(٣) أي الزيادة على الثلث.

(٤) أي لهذه لوصية.

(٥) والزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى بالثلث، وفي ذلك يتساويان، فكذلك ههنا. (ك)

(٦) أي يبطل المحاباة ببطلان البيع، ويصح بصحته. (ك)

(٧) أي المسائل الثلاث المذكورة، يعني المحابة وأختيها.

(٨) قوله: "لأن لها [أي للوصية في هذه المواضع] نفاذًا إلخ" أي لأن الوصية ثمه صحيحة في مخرجها؛ لأن لها نفاذا في الجملة من غير إجازة الورثة؛ لأنه يجوز أن يكتسب مالا قبل الموت، فيخرج الوصايا من الثلث، وليس كذلك إذا أوصى بجميع المال لواحد، ولآخر بالثلث؛ لأن ماله، وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث، فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجه. (غن)

(٩) قوله: "وهذا [أي الوصية بالدراهم المرسلة] بخلاف إلخ" أي لا يقال: يرد على ما قلتم في الوصية المرسلة الوصية بعين من التركة مثل عبد، أو فرس مثلا قيمته تزيد على الثلث حيث لا يضرب فيه الموصى له بأكثر من الثلث، وإن كان يحتمل أن يخرج من الثلث أيضًا بأن يتسع ماله بالاكتساب؛ لأن ثمه تعلق حق الورثة بعين التركة؛ لأنه لما مات استحق عليه الورثة فيما زاد على الثلث من ذلك العين، فكانت الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة ظاهراً قبل أن يظهر زيادة في المال، فلم يصح، ولهذا لم يضرب إلا في الثلث.

ألا ترى أن ذلك العين إذا هلكت بطلت الوصية، وفي الدراهم المرسلة ونحوها لم تلاقِ الوصية حق الورثة ظاهرًا؛ لأنه وقع بمال مرسل، لا بمحل بعينه، ولهذا إذا هلكت، ينفذ الوصية فيما يستفاد بعد ذلك، فلم يكن الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة، فكانت الوصية في مخرجها صحيحة. (غاية البيان)

(١٠) أي فإن الموصى به بذلك العين.

(١١) الواو وصلية.

الحق[١] تعلق[٢] بعين التركة بدليل أنه لو هلك[٣]، واستفاد مالا آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد، فلم يكن[٤] متعلّقًا بعين ما تعلّق به حق الورثة.

قال[٥]: وإذا أوصى بنصيب ابنه[٦]، فالوصية باطلة، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز[٧]؛ لأن الأول وصيّةٌ بمال الغير[٨]؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه[٩] بعد الموت، والثاني[١٠] وصيّةٌ بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره، وإن كان يتقدّر به فيجوز.

وقال زفر: تجوز في الأول[١١] أيضًا، فنظر[١٢] إلى الحال[١٣]، والكلُّ[١٤] ماله[١٥] فيه، وجوابُه ما قلنا[١٦].

قال[١٧]: ومن أوصي بسهم من ماله، فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس، فيُتَمّ له[١٨] السدس، ولا يزاد عليه، وهذا عند أبي حنيفة[١٩].

---

(١) أي حق الموصى له. (ك)

(٢) قوله: "تعلق" وحق الورثة متعلق بعين التركة أيضًا فيما زاد على الثلث، فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين. (كفاية)

(٣) العين.

(٤) الحق.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) والابن موجود، وإن لم يكن الابن موجودًا، صحت الوصية، كذا في "العناية".

(٧) قوله: "جاز [كان له ابن أو لم يكن. ع]" ويكون ذلك وصية بنصف المال إذا كان له ابن واحد، فإن أجازه جاز، وإلا كان له الثلث. (غن)

(٨) والوصية بمال الغير لا تجوز. (ع)

(٩) بنص الكتاب. (ع)

(١٠) وذكر نصيب الابن للتقدير. (ك)

(١١) أي إذا أوصى بنصيب ابنه.

(١٢) أي زفر. (ك)

(١٣) لا المآل.

(١٤) أي كل المال.

(١٥) أي مال الميت في الحال، فلم يكن وصيته بمال الغير. (غن)

(١٦) وهو قوله: لأن الأول وصية بمال الغير. (ع)

(١٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٨) أي للموصى له.

وقالا: له مثل[١] نصيب[٢] أحد الورثة، ولا يزاد على الثلث إلا أن تجيز الورثة؛ لأن السهم[٣] يراد به أحد سهام الورثة عرفًا لا سيّما في الوصية[٤]، والأقلّ متيقّن به، فيُصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث، فيرد عليه[٥]؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة.

وله أن السهم هو السدس هو المرويّ عن ابن مسعود رضي الله عنه[٦]، وقد رفعه[٧] إلى النبي عليه السلام فيما يروى*، ولأنه[٨] يذكر، ويراد به السدس، فإن إياسًا[٩] قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة، فيُعْطى ما ذكرنا[١٠]، قالوا[١١]: هذا كان في عرفهم[١٢]، وفي عرفنا

---

(١٩) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" فهذه الرواية تفيد أنه لا ينقص عن السدس، ولا يزاد عليه، وفي "المبسوط": إذا أوصى لرجل بسهم من ماله، فله مثل أخس سهام ورثته إلا أن يكون أخس سهام الورثة أكثر من السدس، فلا يزاد عليه في قول أبي حنيفة، وقال في "الجامع الصغير": له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس، فحينئذٍ يعطى له السدس، فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس، ولم يجوز الزيادة على السدس، وعلى رواية "الجامع الصغير" جوز الزيادة على السدس، ولم يجور النقصان عن السدس، ورواية "الهداية" تخالفهما حيث لم يجوز الزيادة، ولا النقصان، وقيل: عن هذا الحق بهذا الموضع الإمام جلال الدين ابن المصنف قوله: وفي رواية إلا أن يزيد على السدس، فيكون له السدس. (كفاية)

(١) قوله: "له مثل إلخ" أي له أقل الأنصباء لكن ذلك الأقل لو زاد على السدس يزاد عندهما، ولكن لا يزاد على الثلث صورة هذه المسألة إذا أوصت المرأة بسهم من مالها، ثم ماتت وتركت زوجًا وبنتًا، يعطى له السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما يعطى له الربع. (كفاية)

(٢) الذي له أقل الأنصباء.

(٣) قوله: "لأن السهم إلخ" أي الوصية أخت الميراث، ثم الميراث مخصوص بسهام المواريث، فكذا الوصية تنصرف إلى السهم المعروف في الميراث، لكن الأقل يتيقن مرادًا لكونه يقينًا إلا أن يزيد أقل الأنصباء على الثلث مثل رجل هلك، وترك أختًا وعمًا، ومثل امرأة تركت زوجًا وأختًا، وأوصى أحدهما لرجل بسهم من ماله، فيكون موصيا بالنصف، فلا يسلم الفضل على الثلث إلا بالإجازة. (غن)

(٤) لأنها أخت الميراث.

(٥) الثلث.

(٦) قوله: "هو المروي إلخ" روى محمد في "الأصل" عن عبد الله بن مسعود أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال: له السدس. (عن)

(٧) قوله: "وقد رفعه إلخ" قلت: أخرجه البزار في "مسنده" عن ابن مسعود أن رجلا أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبي ﷺ السدس، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٧، والدراية ج٢ ص٢٩١، الحديث ١٠٥٩. (نعيم)

(٨) السهم.

(٩) ابن معاوية بن قرة، قاضي بصرة.

(١٠) قوله: "فيعطى [أي قوله: فله أخس سهام إلخ] ما ذكرنا" أي الأقل من سهام الورثة، ومن السدس للتيقن به،

السهم كالجزء.

قال[١]: ولو أوصى بجزء من ماله[٢]، قيل للورثة: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصيّة[٣]، والورثة قائمون مقام الموصي، فإليهم البيان.

قال: ومَنْ قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في مجلس آخر: له ثلث مالي، وأجازت الورثة، فله ثلث المال[٤]، ويدخل السدس[٥] فيه، ومَنْ قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في غيره: سدس مالي لفلان[٦]، فله سدسٌ واحدٌ[٧]؛ لأن السدس ذكر معرّفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة إذا عيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود في اللغة[٨].

قال[٩]: ومَن أوصى بثلث دراهمه[١٠]، أو بثلث غنمه، فهلك ثلثا ذلك[١١]،

أو الأكثر منهما كي لا ينقص من السدس على حسب اختلاف الروايتين، ورواية هذا الكتاب إلا أن ينقص عن السدس، فيتم له السدس، ولا يزاد عليه لا يوافقها قوله: فيعطى ما ذكرنا على هذا التفسير. (كفاية)

(١١) أى مشايخنا. (ع)

(١٢) أهل كوفة.

(١) أى القدورى فى "مختصره".

(٢) ولو أوصى ببعض من ماله، أو بطائفة، أو بنصيب، أو بشىء، فالحكم كذلك.

(٣) لأن باب الوصية أوسع.

(٤) معناه أن حقه الثلث، وإن أجازت الورثة. (ع)

(٥) قوله: "ويدخل السدس" من حيث إنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس، فيجعل السدس داخلا فى الثلث؛ لأنه متيقن، وحملا للكلام على ما يمكنه، وهو الإيصاء بالثلث. (عناية)

(٦) ذلك لفلان.

(٧) قوله: "فله سدس واحد" وهذا لا يشكل إذا قال: فى مجلس واحد؛ لأن الكلام الثانى خرج مخرج التكرار، فأما إذا أقر بالسدس فى مجلسين مختلفين لا يكون إلا سدس واحد؛ لأن الوصية وجوبها بعد الموت، ألا ترى أن قبول الوصية وردها لا يعتبر حال حياة الموصى، وإنما يعتبران بعد الموت، وإذا ثبت أن وجوب الوصية بعد الموت يستوى فيه المجلس وغير المجلس. (غن)

(٨) قوله: "هو المعهود فى اللغة" أى الأعم الأغلب، أما إذا دل الدليل على أنه أريد بالثانى غير الأول لم يكن عينه إذًا، كما فى قوله تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقًا لما بين يديه من الكتاب﴾. (ك)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "ومن أوصى إلخ" قال محمد فى "الجامع": محمد بن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل يوصى لرجل بثلث ثلاثة دراهم، فهلك درهمان من تلك الدراهم، وبقى درهم، وذلك يخرج من الثلث يكون له الدرهم كله، وكذلك إذا أوصى بثلث ثياب له من صنف واحد، فهلك ثلثاها، فله الثلث الباقى كله، وإن أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه، فهلك اثنان، وبقى واحد لم يكن له إلا ثلثه، وكذلك الدور المختلفة، إلى ههنا لفظ أصل "الجامع الصغير"، وقال زفر: للموصى

وبقى ثلثه، وهو يخرج[١] من ثلث ما بقى من ماله[٢]، فله[٣] جميع ما بقى[٤].

وقال زفر: له ثلث ما بقى[٥]؛ لأن كل واحد[٦] منها مشترك بينهم[٧]، والمال المشترك يتوى[٨] ما توى[٩] منه على الشركة، ويبقى ما بقى عليها، وصار كما إذا كانت التركة أجناسًا مختلفة[١٠].

ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حقّ أحدهم[١١] في الواحد، ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة[١٢]، وفيه[١٣] جمع[١٤]، والوصية مقدمةٌ، فجمعناها فى الواحد الباقى[١٥]، وصارت الدراهم كالدرهم[١٦]، بخلاف الأجناس المختلفة[١٧]؛

له ثلث الدرهم الباقى لا غير، وعلى هذا الخلاف كل ما كان من جنس واحد، كما لو كان ثلاثة أثواب من جنس واحد، فأوصى لرجل بثلث هذه الأثواب الثلاثة، أو كان له شياه، فأوصى بثلثها لرجل، فهلك اثنان، وبقى واحد، فعندنا للموصى له جميع الثوب الباقى، وجميع الشاة الباقية، وعنده له ثلث الثوب الباقى، وثلث الشاة الباقية، وكذلك المكيل، وكذلك الموزون. (غن)

(١١) أى الدراهم أو الغنم.

(١) قوله: "وهو يخرج" أى الثلث الباقى بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصى. (غن)

(٢) سوى الدراهم، أو الغنم.

(٣) أى للموصى له.

(٤) أى جميع الثلث الباقى من الدراهم، أو الغنم.

(٥) من الدراهم أو الغنم.

(٦) أى من الهالك والباقى. (ع)

(٧) أى بين الورثة والموصى له. (ع)

(٨) أى يهلك.

(٩) كذلك ههنا الذى هلك هلك أثلاثًا، والذى بقى بقى أثلاثًا. (غن)

(١٠) قوله: "أجناسًا مختلفة" بأن كان له إبل وبقر وغنم، فأوصى بثلث هذه الأصناف لرجل، فهلك صنفان، وبقى صنف واحد أعنى بقى الإبل، أو بقى البقر، أو بقى الغنم، فللموصى له ثلث الباقى فى قولهم جميعًا. (غن)

(١١) قوله: "يمكن جمع إلخ" أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى فرد واحد، ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقى تقديمًا للوصية على الإرث؛ لأن الموصى له جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع، وحق الموصى له كالأصل، والأصل فى مال اشتمل على أصل، وتبع؛ إذ هلك شىء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل كمال المضاربة إذا كان فيه ربح، وهلك بعضه يصرف الهلاك إلى الربح، لا إلى رأس المال. (ع)

(١٢) إذا كانت الأشياء المشتركة من جنس واحد طلب واحد من الشركاء القسمة.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) أى جمع حق شائع لكل واحد فى فرد واحد.

(١٥) من الثلث.

(١٦) قوله: "وصارت الدراهم إلخ" أى صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد، ولو أوصى

لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً[١]، فكذا تقديمًا.

قال[٢]: ولو أوصى بثلث ثيابه، فهلك ثلثاها، وبقى ثلثها، وهو[٣] يخرج من ثلث ما بقى من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقى من الثياب.

قالوا[٤]: هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، ولو كانت من جنس واحد، فهو بمنزلة الدراهم[٥]، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها[٦]؛ لأنه يجرى فيه[٧] الجمع جبراً بالقسمة.

ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه، فمات اثنان لم يكن له[٨] إلا ثلث الباقى، وكذا الدور المختلفة.

وقيل[٩]: هذا على قول أبى حنيفة[١٠] وحده؛ لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها[١١]، وقيل: هو قول الكل؛ لأن عندهما للقاضى أن يجتهد[١٢]، ويجمع، وبدون ذلك[١٣] يتعذر الجمع[١٤]، والأول أشبه[١٥] للفقه المذكور.

بدرهم، وله ثلاثة دراهم، فهلك درهمان، وبقى درهم، وهو يخرج من الثلث، كان له الدرهم، فكذا هذا. (عناية)

(١٧) قوله: "بخلاف الأجناس إلخ" جواب عن قول زفر: كما إذا كانت التركة أجناسًا، ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن، فإنه إذا تركها، وطلب بعض الورثة القسمة، وأبى الباقون، فإن القاضى لا يجبرهم على القسمة؛ لأن الغرض من القسمة الانتفاع، فلا بد من المعادلة، وهى فيها متعذرة، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم؛ لأن فيه الجمع، فبقى الكل مشتركًا بين الورثة، والموصى له أثلاثًا، فما هلك هلك على الشركة، وما بقى بقى عليها أثلاثًا. (ع)

(١) على القسمة.

(٢) أى القدورى فى "مختصره".

(٣) أى الثلث الباقى.

(٤) المشايخ.

(٥) أى له الثوب الباقى إذا كان يخرج من الثلث كالدراهم الباقى. (غن)

(٦) فيكون له جميع الباقى. (غن)

(٧) أى فى المكيل والموزون.

(٨) أى للموصى له لكثرة التفاوت.

(٩) قوله: "وقيل: هذا" أى هذا الجواب فى الرقيق والدور المختلفة إذا بقى واحد لا يكون له إلا ثلث الباقى هو قول أبى حنيفة وحده، وعندهما جميع الباقى، وقيل: هو قولهم جميعاً. (غن)

(١٠) قوله: "على قول أبى حنيفة" أما على قولهما: فالدور جنس واحد، وكذلك الرقيق، فيكون للموصى له العبد الباقى، والدار الباقية؛ لأنه يجوز للقاضى أن يقسم قسمة واحدة، فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث، والإمام فخر الإسلام. (ع)

(١١) أى فى الدور المختلفة والعبيد.

(١٢) أى يجوز للقاضى أن يجتهد إلخ، إذا مصلحة فى ذلك ولا يجب.

(١٣) قوله: "وبدون ذلك" أى بدون اجتهاد القاضى يتعذر جمع نصيب أحدهما فى العبد الواحد، والدار

قال[١]: ومن أوصى لرجل بألف درهم، وله مالٌ عينٌ[٢]، ودينٌ[٣]، فإن خرج[٤] الألف من ثلث العين دُفع[٥] إلى الموصى له؛ لأنه أمكن إيفاء كلّ ذى حقّ حقّه من غير بخس[٦]، فيصار إليه، وإن لم يخرج[٧] دفع إليه ثلث العين.

وكل ما خرج شىء من الدين، أخذ ثلثه[٨] حتى يستوفى[٩] الألف؛ لأن الموصى له شريك الوارث، وفى تخصيصه[١٠] بالعين بخسٌ فى حقّ الورثة؛ لأن للعين فضلا على الدين، ولأن الدين[١١] ليس بمال فى مطلق الحال، وإنما يصير[١٢] مالا عند الاستيفاء، فإنما يعتدل النظر[١٣] بما ذكرناه.

الواحدة، فكان المال على الشركة ما بقى وما هلك. (مل)

(١٤) قوله: "يتعذر الجمع" يعنى الجمع إنما يتحقق بقضاء القاضى عن اجتهاد عندهما، فلا يتحقق الجمع بدونه، بل يتعذر، ولا قضاء فيما نحن فيه، فلم يتحقق الجمع إجماعًا، ولكن الأول أشبه للفقه المذكور، وهو ما سبق أنه متى أمكن الجمع جبراً أمكن جمعه تقديماً. (ك)

(١٥) قوله: "والأول [وهو أن يكون فى المسألة خلاف] أشبه" أى الذى قيل: إن هذا قول أبى حنيفة وحده أشبه بمذهب أبى حنيفة، فيكون عنده للموصى له ثلث الباقى، وعندهما له جميع الباقى؛ لأنهما يجعلان جنساً واحداً. (غن)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى نقد غير دين.

(٣) على الآخر.

(٤) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً. (ع)

(٥) الألف من العين.

(٦) كم كردن حق كسى را. (م)

(٧) الألف من ثلث العين، بأن كان له ألفًا درهم نقداً.

(٨) قوله: "أخذ [الموصى] ثلثه إلخ" فإن قيل: الموصى به ألف من المال، والدين ليس بمال، فإن من حلف أنه لا مال له لم يحنث بمديون له ديون على الناس سلمناه، ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقًا، فإن من أوصى لرجل بشىء معين هو يخرج من الثلث، فهلك، فلا ضمان على الوارث، ولو كان شريكا له يوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقى من المال، والجواب عن الأول: أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا فى الحال، أو فى المال؛ لأن الوصية متعلقة بالتركة، وكلاهما تركة، وعن الثانى: بأنه شريك الوارث إذا كانت فى غير معين، وأما فى المعين، فإن الوارث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد. (ع)

(٩) الموصى له.

(١٠) الموصى له.

(١١) قوله: "ولأن الدين إلخ" أى الدين ليس بمال فى الحال إنما يصير مالا فى المال عند الاستيفاء، والعين مال مطلقًا فى جميع الأحوال. (كفاية)

(١٢) الدين.

(١٣) قوله: "فإنما يعتدل النظر [إلى الورثة والموصى له] إلخ" أى النظر فى حق الموصى له، والورثة بإيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فى حق الآخر، وهو أن لا يتخصص الموصى له بالعين، إذا لم يخرج الثلث من العين. (غن)

قال[١]: ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله، فإذا عمروٌ ميّت[٢]، فالثلث كله لزيد؛ لأن الميّت ليس بأهل للوصيّة، فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها، كما إذا أوصى لزيد وجدار.

وعن أبى يوسف أنه إذا لم يعلم بموته[٣]، فله[٤] نصف الثلث؛ لأن الوصيّة عنده[٥] صحيحة لعمرو، فلم يرضَ للحى إلا نصف الثلث.

بخلاف ما إذا علم[٦] بموته، لأن الوصية للميّت لغوٌ، فكان[٧] راضيًا بكل الثلث للحى، وإن قال: ثلث مالى بين زيد وعمرو، وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث؛ لأن قضيّة هذا اللفظ[٨] أن يكون لكلّ واحد منهما نصف الثلث، بخلاف ما تقدم[٩].

ألا ترى أن من قال: ثلث مالى لزيد، وسكت كان له كل الثلث، ولو قال: ثلث مالى بين فلان، وسكت لم يستحق الثلث.

قال[١٠]: ومن أوصى بثلث ماله، ولا مال له، واكتسب مالا، استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت؛ لأن الوصية[١١] عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت، لا قبله، وكذلك[١٢] إذا كان له مال، فهلك، ثم اكتسب مالا؛ لما بينا[١٣].

---

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) قوله: "فإذا عمروٌ ميت" أى وقت الوصية أما إذا كان حيًا، ثم مات، فلزيد نصف الثلث، والنصف الآخر لورثة الموصى إن مات عمرو قبل الموصى، وإن مات بعده، فنصيبه من الثلث لورثته. (كفاية)

(٣) قوله: "أنه إذا لم يعلم [الموصى] إلخ" ولم يفرق بين علم الموصى بحياته، وعدمه فى ظاهر الرواية؛ لأن استحقاق الحى منهما لجميع الثلث؛ لعدم المزاحمة عند إيجاب الموصى، وفى هذا لا فرق بين العلم وعدمه. (ع)

(٤) زيد.

(٥) الموصى.

(٦) الموصى.

(٧) الموصى.

(٨) أى بين إلخ.

(٩) أى ثلث مالى لزيد وعمرو. (م)

(١٠) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١١) قوله: "لأن الوصية إلخ" أى لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت؛ لأنه تمليك بعد الموت، ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت، وكان وجود المال عند الموت شرطا، لا قبله، والمضاف إلى الشرط كالموجود عنده، فصار كأنه قال: عند الموت ثلث مالى لفلان يستحق ثلث ما يملكه فى ملك الحال، ولا يعتبر ما قبله. (عن)

(١٢) أى استحق الثلث.

ولو أوصى[١] له بثلث غنمه، فهلك الغنم قبل موته[٢]، أو لم يكن له[٣] غنم في الأصل، فالوصية باطلة؛ لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت، فيُعتبر قيامُه[٤] حينئذٍ، وهذه الوصيّة تعلّقت بالعين، فتبطل[٥] بفواتها عند الموت، وإن لم يكن له[٦] غنم فاستفاده، ثم مات.

فالصحيح أن الوصيّة تصح[٧]؛ لأنها لو كانت بلفظ المال تصح[٨]، فكذا إذا كانت باسم نوعه[٩]، وهذا لأن وجوده[١٠] قبل الموت فضل، والمعتبر قيامه عند الموت، ولو[١١] قال[١٢] له: شاة من مالي، وليس له غنم يعطى قيمة شاة؛ لأنه[١٣] لما أضافه[١٤] إلى المال، علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة[١٥]؛ إذ ماليّتها توجد في مطلق المال.

ولو أوصى بشاة، ولم يضفه إلى ماله، ولا غنم له، قيل: لا يصح؛ لأن المصحح إضافته إلى المال، وبدونها[١٦] تعتبر صورة الشاة، ومعناه، وقيل: تصح؛

---

(١٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الوصية استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت. (غن)

(١) هذه من مسائل "الأصل" ذكرنا تفريعاً على مسألة "مختصره". (غن)

(٢) الموصي.

(٣) أي للموصي.

(٤) أي قيام ماأوصى به حين الموت.

(٥) العين.

(٦) الموصي.

(٧) قوله: "فالصحيح أن إلخ" احتراز عن قول بعض المشايخ: إن الوصية باطلة؛ لأنه أضاف إلى مال خاص، فصار بمنزلة العين، كما لو أوصى بهذه الشاة، ولم تكن في ملكه، ثم ملك فإنها غير صحيحة، قال الفقيه أبو الليث: هذا القول ليس بصحيح عندنا؛ لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال. (ع)

(٨) قوله: "لأنها إلخ" يعني لو أوصى بثلث ماله لرجل، فهلك ذلك المال، واكتسب مالاً آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له، والمال اسم الجنس، والغنم اسم النوع، ففيما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت، فكذا فيما ذكر باسم النوع؛ لأن الوصية وجوبها وقت الموت. (غن)

(٩) المال، غنم.

(١٠) أي وجود ما أوصى به.

(١١) ذكره تفريعاً.

(١٢) الموصي.

(١٣) الموصي.

(١٤) أي أضاف ما أوصى به، وعينه لا توجد في المال. (غن)

(١٥) لا بعين الشاة.

(١٦) الإضافة.

لأنه لما ذكر الشاة، وليس في ملكه شاةٌ، علم أن مراده الماليّةُ[١].

ولو قال[٢]: شاة من غنمي، ولا غنم له، فالوصية باطلة؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم، علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءً من الغنم[٣]، بخلاف ما إذا أضافها[٤] إلى المال، وعلى هذا يُخَرّج كثير من المسائل[٥].

قال[٦]: ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده، وهن[٧] ثلاث، وللفقراء والمساكين، فلهن[٨] ثلاثة أسهم من خمسة أسهم، قال رضي الله عنه[٩]: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعن محمد[١٠]: أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة، ولكل فريق[١١] سهمان.

وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة[١٢]، والفقراء والمساكين جنسان، وفسّرناهما في الزكاة[١٣].

---

(١) فيعطى له قيمة الشاة.

(٢) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها تفريعاً أيضاً. (غن)

(٣) قوله: "حيث جعلها [شاة] جزءً من الغنم" وإنه يصلح جزء من الغنم بصورته، ومعناه: فصارت الوصية بشيء معدوم، ولا وجود له عند الموت أيضاً، فلا يصح. (غن)

(٤) الشاة.

(٥) قوله: "كثير من المسائل" منها ما ذكر في "المبسوط": لو قال: بقفيز حنطة من مالي، أو بثوب من مالي، فإنه يصح الإيجاب، وإن لم يكن ذلك في ملكه، بخلاف ما إذا قال: من حنطتي، أو من ثيابي، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ماله، أو هلك قبل موته، فلا شيء للموصى له. (ك)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٧) الواو حالية.

(٨) أي لأمهات أولاده ثلاثة أسهم، وللفقراء سهم، وللمساكين سهم.

(٩) أي المصنف.

(١٠) أي روى عن محمد في غير الجامع الصغير.

(١١) من الفقراء والمساكين.

(١٢) قوله: "جائزة" وهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها، والعتق يحلها، وهي أمة، فتستحق الوصية، وهي أمة أيضاً، فيكون وصيته للأمة، وهي باطلة، ووجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها، لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي؛ لأن الظاهر من حال الموصي أنه يقصد بالإيصاء وصية صحيحة، لا باطلة، والوصية إنما تصح إن لو كانت مضافة إلى ما بعد عتقها، وكذا المدبرة إلا أنه ينظر إن خرجت الوصية، ورقبتها من الثلث كان لها ذلك، وإلا يصرف الوصية إلى الرقبة، فإن فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث، والوصية لعبده بعين لم تجز؛ لأنه وصية لمولاه، وهو وارث، وبثلث ماله يصح، ويكون وصيته بالعتق. (ك)

لمحمد أن المذكور لفظ الجمع [١]، وأدناه في الميراث [٢] اثنان نجد ذلك في القرآن [٣]، فكان من كل فريق [٤] اثنان، وأمهات الأولاد [٥] ثلاث، فلهذا يقسم على سبعة.

ولهما أن الجمع [٦] المحلّى بالألف واللام يراد به الجنس [٧]، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكلّ لا سيّما عند تعذر صرفه إلى الكل [٨]، فيعتبر من كل فريق [٩] واحدٌ، فبلغ الحساب خمسة، والثلاثة [١٠] للثلاث [١١].

قال [١٢]: ولو أوصى بثلثه [١٣] لفلان وللمساكين، فنصفه لفلان، ونصفه للمساكين عندهما، وعند محمد ثلثه [١٤] لفلان، وثلثاه للمساكين، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده [١٥] لا يصرف إلا إلى مسكينين

---

(١٣) قوله: "في الزكاة" أي في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة إليه، ومن لا يجوز حيث قال: هناك الفقير من له أدنى شيء، والمسكين من لا شيء له، وهذا مروى عن أبي حنيفة، وقد قيل: على العكس.

(١) قوله: "أن المذكور لفظ الجمع [أي لفظ الفقراء والمساكين] إلخ" فإن قيل: الجمع المحلى بالألف واللام يبطل فيه معنى الجمع، ويصير للجنس، قيل له: تخلف الحكم عن ذلك الأصل، ههنا لمعنى آخر، وهو أن الوصية أخت الميراث، وأقل الجمع في باب الإرث اثنان، فكذا في أخته، فإن قيل: إنما يتأتى هذا الجواب أن لو بقى جمعا، قيل له: إنما تبطل الجمعية لئلا يلزم التنكير، والنكارة والجهالة في الوصية متحملة. (ك)

(٢) قوله: "وأدناه في الميراث" قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بإجماع بين أصحابنا، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفًا إلى اثنين، والوصية في معناه من حيث إن كلا منهما تمليك المال بعد الموت، كان الجمع هناك أيضا منصرفا إلى اثنين. (ع)

(٣) قوله: "نجد ذلك في القرآن" يريد به قوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾، والمراد بها الاثنان فصاعداً، وقد عرف في موضعه. (ع)

(٤) من الفقراء والمساكين.

(٥) فيعتبر فيهن عدد رؤوسهن، فإن عددهن محصور. (غن)

(٦) أي الفقراء والمساكين.

(٧) إذا لم يكن ثمة معهود. (غن)

(٨) ألا ترى أن من حلف لا يتزوج النساء، حنث بنكاح امرأة واحدة.

(٩) من الفقراء والمساكين.

(١٠) والاثنان للاثنين.

(١١) أي لأمهات الأولاد الثلث.

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) أي بثلث ماله.

(١٤) قوله: "ثلثه [أي ثلث الثلث] إلخ" بناء على ما قلنا في المسألة المتقدمة: وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين، فيكون للمساكين ثلثا المال عند محمد، وثلث الثلث لفلان، وعندهما اللام للجنس لعدم العهد، وأدناها الواحد، فيكون النصف من الثلث للمساكين. (غن)

على ما بيناه[١].

قال[٢]: ومن أوصى لرجل بمائة درهم، ولآخر بمائة، ثم قال لآخر[٣]: قد أشركتك معهما[٤]، فله ثلث كل مائة؛ لأن الشركة[٥] للمساواة لغةً، وقد أمكن إثباته[٦] بين الكلّ بما قلناه[٧] لاتحاد المال؛ لأنه يصيب كلّ واحد منهم ثلثا مائة.

بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة، ولآخر بمائتين، ثم كان الإشراك[٨]؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكلّ لتفاوت المالين، فحملناه على مساواته[٩] كلّ واحد[١٠] بتنصيف نصيبه عملا باللفظ[١١] بقدر الإمكان.

قال[١٢]: ومن قال: لفلان على دين فصدّقوه[١٣]، معناه قال: ذلك لورثته، فإن يُصَدّق إلى الثلث[١٤]، وهذا استحسان.

وفي القياس لا يصدّق؛ لأن الإقرار بالمجهول، وإن[١٥] كان صحيحًا لكنه لا يحكم به[١٦] إلا بالبيان[١٧].

---

(١٥) محمد.

(١) آنفًا في القول السابق.

(٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٣) أي الثالث.

(٤) فيما أوصيت لهما به.

(٥) قوله: "لأن الشركة إلخ" أن الشركة تقتضي المساواة؛ لقوله تعالى: ﴿وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾، فيستوي في الثلث الذكور والإناث جميعًا، فكذا ههنا لما أضاف الشركة إليهما وجب أن يساوي كل واحد منهما، وذلك لا يكون إلا بأن يجعل له ثلث ما في يد كل واحد منهما؛ ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما. (غن)

(٦) المساواة.

(٧) أي الثلاثة.

(٨) قوله: "ثم كان الإشراك [أي وجد الإشراك]" أي ثم قال لآخر: أشركتك معهما، وإن له نصف ما لكل منهما؛ لأن تحقيق المساواة بينهم، ليس بممكن لتفاوت المالين، ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك، فحملناه على مساواته لكل واحد منهما، كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الإمكان. (عناية)

(٩) أي مساواة الثالث.

(١٠) من الأولين.

(١١) أي بقوله: أشركتك. (عن)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) فيما قال. (غن)

(١٤) أي يصدق فيما بينه وبين الثلث أي ثلث مال الموصى.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أي بالإقرار المجهول.

وقوله: فصدقوه صدر مخالفًا للشرع[١]؛ لأن المدعى[٢] لا يصدّق إلا بحجة، فتعذّر إثباته[٣] إقرارا مطلقًا[٤]، فلا يعتبر.

وجه الاستحسان: أنّا نعلم[٥] أن من قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إليه[٦] مَنْ يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته، فيجعلها وصيّةً جعل التقدير[٧] فيها إلى الموصى له، كأنه قال[٨]: إذا جاءكم فلان، وادعى[٩] شيئًا، فأعطوه من مالى ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة.

قال[١٠]: وإن أوصى بوصايا غير ذلك[١١] يعزل الثلث لأصحاب الوصايا، والثلثان للورثة؛ لأن ميراثهم معلوم[١٢]، وكذا الوصايا معلومة، وهذا[١٣] مجهول،

---

(١٧) وهو مفقود؛ لأنه مات.

(١) فلا يصلح بيانًا لإقراره.

(٢) فالأمر بتصديق المدعى من غير حجة مخالف للشرع.

(٣) أى إثبات هذا الإقرار.

(٤) يعنى من جميع الوجوه.

(٥) قوله: "أنّا نعلم إلخ" يعنى أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة، وهو مالك لذلك فى الثلث، وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فتنفذ، فإن قيل: لو كان قصده الوصية يصرح بها، أجاب بقوله: وقد يحتاج أى المقر إلى مثل هذا الكلام بعلمه بأصل الحق عليه دون مقداره سعيًا منه فى تفريغ ذمته، فيجعلها أى هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له، كأنه قال إلخ (غ)

(٦) أى إلى هذا الإقرار.

(٧) يقدر بما شاء لكن لا خيار له فوق الثلث.

(٨) قوله: "كأنه قال إلخ" فيصح هذا الكلام، ويكون إنفاذه من الثلث لا غير، فكذا هذا؛ لأنه وصية، ولا وصية جوازها فوق الثلث. (غن)

(٩) من مالى.

(١٠) فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) أى غير هذا الإقرار المجهول.

(١٢) قوله: "لأن ميراثهم إلخ" يعنى أن حق أصحاب الوصايا معلوم، وهو الثلث، وحق الورثة أيضًا معلوم، وهو الثلثان، فأما حق هذا الرجل، فليس له دين معلوم، ولا وصية معلومة، لكنه دين في حق المستحق، وصية فى حق التنفيذ، فإذا أفرزنا الثلث والثلثين، قلنا: إن فى التركة دينا شائعًا فى النصيبين فى نصيب الموصى له، وفى نصيب الورثة، فيؤمر كل فريق بالبيان، ثم يؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروه؛ لأن ما يأخذه الرجل وصيته فى حقهم، وما فضل من الثلث يكون لهم، ويؤخذ الورثة بثلثى ما أقروا، وما فضل من الثلثين يكون للورثة؛ لأن الدين المقر به صار مقضيًا، فلم يبق للمقر له حق فى الوصية والميراث. (غن)

(١٣) أى قوله: على دين فصدقوه.

فلا يزاحم المعلوم، فيقدم عزل المعلوم.

وفى الإفراز[١] فائدة أخرى، وهو أن أحد الفريقين[٢] قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق[٣]، وأبصر به، والآخر ألد[٤] خصامًا[٥]، وعساهم يختلفون فى الفضل، إذا ادعاه الخصم[٦]، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة، وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا: صدقوه[٧] فيما شئتم، ويقال للورثة: صدقوه فيما شئتم؛ لأن هذا دين[٨] فى حق المستحق وصيّة فى حق التنفيذ.

فإذا أقر كل فريق[٩] بشيء ظهر أن في التركة دينًا شائعًا فى النصيبين[١٠]، فيؤخذ أصحاب الثلث[١١] بثلث ما أقروا، والورثة بثلثى ما أقرّوا؛ تنفيذًا لإقرار كل فريق فى قدر حقه، وعلى كل فريق منهما[١٢] اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك؛ لأنه يُحلف[١٣] على ما جرى بينه[١٤]، وبين غيره[١٥]

---

(١) جدا كردن.

(٢) أى الورثة والموصى لهم.

(٣) أى الذى أقر به الموصى.

(٤) مرد سخت خصومت. (م)

(٥) جدل كردن.

(٦) أى صاحب الدين.

(٧) أى المقر له.

(٨) قوله: "لأن هذا إلخ" حاصله أنه يشبه الإقرار لفظًا، ويشبه الوصية تنفيذًا، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق فى الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعًا فى الأثلاث، ولا يخصص بالثلث الذى لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين. (عناية)

(٩) من الورثة والموصى لهم.

(١٠) قوله: "دينًا شائعًا إلخ" وهذا لأنه دين فى حق المستحق، فكان شائعًا فى النصيبين باعتباره، ووصية فى حق التنفيذ؛ لأنا صححناه بجعل ذلك منه وصية، وباعتبار الوصية ينفذ فى ثلث التركة، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا؛ لأن ثلث التركة فى أيديهم، والورثة بثلثى ما أقروا لكون الثلثين فى أيديهم تنفيذًا لإقرار كل فريق في حقه، فإن أقر المريض مع ذلك بدين مسمى، فالمسمى أولى؛ لأنه أثبت الإقرار. (ك)

(١١) قوله: "فيؤخذ [أى الموصى لهم] إلخ" حتى إذا قال الموصى له: إن الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما فى يد الموصى له، فإن فضل شيء يكون له، وإلا فلا، وإن قال الورثة: الدين ثلث مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلثا ذلك، وهو مائتان مما فى أيدى الورثة، فإن فضل شيء يكون لهم، وإلا فلا. (غن)

اللهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه ولوالديهم أجمعين برحمتك يا أرحم الراحمين

(١٢) أى من الورثة، والموصى لهم.

(١٣) فلهذا يحلف على العلم، لا على البتات.

(١٤) لا على فعل نفسه. (غن)

قال[١] : ومن أوصى لأجنبى ولوارثه، فللأجنبى نصف الوصية، وتبطل وصية الوارث؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به، وبما لا يملك، فصح فى الأول، وبطل فى الثانى.

بخلاف[٢] ما إذا أوصى لحىّ وميّت؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية[٣]، فلا يصلح مزاحمًا[٤]، فيكون الكلّ للحىّ، والوارث[٥] من أهلها[٦]، ولهذا تصح[٧] بإجازة الورثة فافترقا.

وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبى[٨]، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بعين[٩]، أو دين لوارثه، وللأجنبى حيث لا يصح[١٠] فى حق الأجنبى أيضًا[١١]؛ لأن الوصيّة[١٢] إنشاء[١٣] تصرف، والشركة[١٤] تثبت حكمًا له، فتصح فى حق من يستحقه منهما[١٥].

(١٥) الميت.

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(٢) حيث يكون كل الوصية للحى.

(٣) لأنه لا يصلح مالكًا. (غن)

(٤) للحى.

(٥) حيث يكون كل الوصية للحى.

(٦) الوصية.

(٧) أى الوصية للوارث.

(٨) فللأجنبى نصف الوصية، وتبطل الوصية للقاتل.

(٩) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا أقر [المريض. غن] إلخ" أى الإيصاء لوارثه والأجنبى يخالف الإقرار لهما، هذا إذا تصادقا، أما إذا أنكر الأجنبى شركة الوارث، أو الوارث شركة الأجنبى، فالإقرار باطل أيضًا، وقال محمد: يصح فى حصة الأجنبى؛ لأن الوارث مقر ببطلان حقه ببطلان حق شريكه، فيبطل فى نصيبه، ويثبت فى نصيب الآخر، ولهما أن حق الوارث لم يفرز من حق الأجنبى، وإنما أوجبه مشتركًا بينهما، فلا يمكن إثباته بدون هذا الوصف. (ك)

(١٠) هذا الإقرار.

(١١) أى كما لا يصح فى حق الوارث.

(١٢) قوله: "لأن الوصية إلخ" أى لأن الوصية إنشاء تصرف أى إثبات أمر لم يكن، والشركة تثبت حكم له، وحكم الشيء هو الأثر الثابت به، فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه، ولم يصح تصرفه فى حق الورثة، فلم توجد علة ثبوت الشركة، فإذا لم تثبت الشركة، صح تصرفه فى حق من يستحقه، وهو الأجنبى، وبطل فى حق الوارث. (ك)

(١٣) وابتداء إيجاب.

(١٤) بين الموصى لهما أى الأجنبى والوارث.

(١٥) قوله: "فتصح فى حق من يستحقه [أى الأجنبى] منهما [أى من الوارث والأجنبى]" ولا يبطل حق أحدهما ببطلان حق الآخر؛ لأن الشركة بينهما من حكم الإيجاب، وقد تعذر الإيجاب فى حق أحدهما، فلا يلزم من ذلك

وأما الإقرار فإخبار عن كائن[١]، وقد أخبر[٢] بوصف الشركة[٣] في الماضي، ولا وجه إلى إثباته[٤] بدون هذا الوصف[٥]؛ لأنه خلاف ما أخبر[٦] به، ولا إلى إثبات الوصف[٧]؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكًا، ولأنه لو قبض الأجنبي[٨] شيئًا، كان للوارث[٩] أن يشاركه[١٠]، فيبطل[١١] في ذلك القدر، ثم لا يزال يقبض، ويشاركه الوارث حتى يبطل الكلّ، فلا يكون مفيداً، وفي الإنشاء حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الأخرى بقاء[١٢] وبطلاناً[١٣].

قال[١٤]: ومن كان له ثلاثة أثواب جيّد ووسط ورديء، فأوصى[١٥] بكلّ واحد

أن يتعذر الإيجاب في حق الآخر؛ لأنه ابتداء تصرف. (غن)

(١) قوله: "أما الإقرار فإخبار إلخ" يعني أن الوصية إنشاء تصرف أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها، والشركة إنما تثبت حكمًا له عقيبه، فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه، وهو الشركة، وكان نصيب كل منهما مفرزاً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها، وأما في الإقرار، فسبب الشركة غيره، وهو ما كان سببًا قبل الإقرار، فإن الإقرار يقتضي سبق المخبر به، وهو المال المشترك بينهما، وفي ذلك أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث، وهو لا يجوز. (ع)

(٢) المقر.

(٣) بين الأجنبي والوارث في العين، أو الدين.

(٤) أي إثبات هذا الإقرار في حق الأجنبي.

(٥) أي الشركة.

(٦) المقر.

(٧) أي الاشتراك.

(٨) قوله: "ولأنه لو قبض [بحكم الشركة السابقة] إلخ" أي لأن الصحة في حق الأجنبي يؤدي إلى الفساد؛ لأنه لو صح في حق الأجنبي لشاركه الوارث، فتبطل حصته، فلا يزال هكذا إلى أن يبطل كله.

وأما في الإيصاء، وهو الإنشاء لا يتأتى هذا؛ لأن حصة أحدهما ممتازة عن الآخر بقاء وبطلانًا أعني يبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي، وتبطل في حق الوارث. (غن)

(٩) قوله: "كان للوارث إلخ" لأن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها، ففي كل جزء فرضته يشتركان. (ع)

(١٠) فيه.

(١١) قوله: "فيبطل [قبضه]" هذا الدليل مأخوذ من "شرح الجامع الصغير" لقاضي خان، وتوضيحه: أنه لو صح إقرار المقر لأجنبي، وقبض الأجنبي شيئًا بحسب هذا الإقرار، فيثبت به المخبر به، وما هو إلا الدين المشترك، وإقراره كان إقراراً بعقد سابق بينهما، فلو لغا بعضه لغا باقيه ضرورة، فبالضرورة يثبت كملاً على وصف الشركة، فما من شيء يأخذه الأجنبي إلا كان للوارث أن يشاركه، فيبطل قبضه في هذا القدر.

ثم لا يزال يقبض لصحة الإقرار له، ويشاركه الوارث للضرورة المذكورة حتى يبطل قبض الكل بالنسبة إلى الأجنبي، فلا يكون صحة الإقرار للأجنبي مفيداً، بل يلزم أن يصير إقرارا للوارث، أما الوصية: فتمليك مبتدأ لهما، فبطلان التمليك لأحدهما لا يبطل التمليك الآخر، وهكذا قال الزيلعي.

(١٢) أي في حق الأجنبي.

(١٣) أي في حق الورثة.

لرجل[١]، فضاع ثوبٌ، ولا يدرى أيها هو[٢]، والورثة تجحد ذلك، فالوصية باطلة، ومعنى جحودهم أن يقول الوارث[٣] لكلّ واحد منهم[٤] بعينه: الثوبُ الذى هو حقّك[٥] قد هلك، فكان المستحق[٦] مجهولا[٧]، وجهالته تمنع صحة القضاء، وتحصيل المقصود[٨] فبطل.

قال[٩]: إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين، فإن سلّموا أزال المانع، وهو الجحود، فيكون لصاحب الجيد ثُلثا الثوب الأجود[١٠]، ولصاحب الأوسط ثُلثُ الجيد وثُلثُ الأدون[١١]، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون[١٢]؛ لأن صاحب الجيّد لا حقّ له فى الردىء[١٣] بيقين[١٤]؛ لأنه إما أن يكون[١٥] وسطًا، أو رديئًا.

ولا حق له فيهما[١٦]، وصاحب الردىء لا حقّ له فى الجيد الباقى[١٧] بيقين[١٨]؛

---

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) قوله: "فأوصى إلخ" فقال: لفلان هذا الثوب الجيد، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الوسط، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الردىء، ثم مات الموصى، ثم هلك أحد الأثواب الثلاثة، ولا يدرى أيهما هلك. (جامع صغير)

(١) أى لرجل رجل.

(٢) ضائع.

(٣) قوله: "أن يقول الوارث إلخ" يريد بهذا أن الورثة يجحدون بقاء حق كل واحد منهم بعينه، ويقولون: حق واحد منكم باطل، ولا ندرى من بطل حقه، ومن بقى حقه، فلا نسلم إليكم شيئًا، فالوصية باطلة؛ لأنه إذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه، لا فائدة فى بقاءها فبطل، كذا ذكره الصدر الشهيد. (ك)

(٤) أى من الموصى لهم.

(٥) أى لعل الثوب الذى هو حقك، قد هلك.

(٦) أى الموصى له.

(٧) كوصيته لأحد هذين الرجلين. (در مختار)

(٨) أى مقصود الموصى، وهو إتمام غرضه. (عن)

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) من الثوبين.

(١١) من الثوبين.

(١٢) من الثوبين.

(١٣) الموجود.

(١٤) فله ثلثا الجيد.

(١٥) فى الواقع. (غن)

(١٦) أى فى الوسط والردىء.

(١٧) الموجود.

(١٨) فله ثلثا الردىء.

لأنه إما أن يكون جيّدًا، أو وسطًا، ولا حق له فيهما[١].

ويحتمل أن يكون الردىء[٢] هو الردىء الأصلى، فيعطى من محل الاحتمال[٣]، وإذا ذهب ثلثا الجيد[٤]، و ثلثا الأدون لم يبقَ إلا ثلث الجيد وثلث الردىء، فيتعين حق صاحب الوسط[٥] فيه بعينه ضرورة.

قال[٦]: وإذا كانت الدار بين رجلين، فأوصى أحدهما[٧] ببيت بعينه لرجل، فإنها[٨] تقسم، فإن وقع البيت فى نصيب الموصى، فهو[٩] للموصى له عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وعند محمد نصفه[١٠] للموصى له.

وإن وقع[١١] فى نصيب الآخر، فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: مثل ذرع نصف البيت.

له أنه أوصى بملكه[١٢]، وبملك غيره؛ لأن الدار بجميع أجزاءها مشتركة، فنفذ الأول، وتوقّف الثانى[١٣]، وهو[١٤] إن ملكه[١٥] بعد ذلك[١٦] بالقسمة التى هى[١٧]

---

(١) أى فى الجيد والوسط.

(٢) الموجود.

(٣) أى الردىء الموجود.

(٤) قوله: "وإذا ذهب إلخ" هذا واضح إذا ابتدئ بتعليل جانب صاحب الجيد، وصاحب الردىء، وإن ابتدئ بتعليل جانب صاحب الوسط، فله وجه آخر، وهو أن يقال: الهالك إن كان أرفع من الباقيين، فحق صاحب الوسط فى الجيد منهما، وإن كان الهالك أردأ من الباقيين، فحق الوسط فى الردىء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة، وبذلك أخرى، وإن كان الهالك هو الوسط، فلا حق له فى الباقيين، فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين فى حال، ولا يتعلق فى حالين، فيأخذ ثلث كل واحد، فبقى صاحب الجيد والردىء، فصاحب الجيد يدعى الجيد، ولا يدعى الردىء؛ لأنه لا حق له فيه قطعًا، وصاحب الردىء يدعى الردىء دون الجيد، فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد، وثلثا الردىء لصاحب الردىء. (ع)

(٥) أى فى ثلث الجيد، وثلث الردىء.

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) ثم مات. (غن)

(٨) دار.

(٩) البيت.

(١٠) البيت.

(١١) البيت.

(١٢) قوله: "أنه [الموصى] أوصى إلخ" أى أنه أوصى بما يملكه، وبما لا يملكه، لأن البيت مشترك بينه، وبين صاحبه، فتنفذ الوصية فيما يملكه، وهو نصيبه، ولا ينفذ فيما لا يملكه، وهو نصيب صاحبه غاية ما فى الباب أنه يملك البيت بعد القسمة، إذا وقع البيت فى ملكه، ولكن القسمة مبادلة؛ لأنه أخذ البيت مبادلة عن نصيبه مما فى يد صاحبه، فلا ينفذ الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية فى الموصى به، كما إذا أوصى بملك الغير، ثم ملكه بوجه من الوجوه حيث لا يصح الوصية، فكذلك ههنا. (عن)

مبادلة لا تنفذ الوصيّة السالفة، كما إذا أوصى[١] بملك الغير، ثم اشتراه، ثم إذا اقتسموها[٢]، ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصيّة فى عين الموصى به، وهو نصف البيت.

وإن وقع[٣] فى نصيب صاحبه له[٤] مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية فى بدل الموصى به عند فواته[٥] كالجارية الموصى بها، إذا قُتِلت خطأً تنفذ الوصية فى بدلها[٦].

بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام[٧] على البيع على ما بيّناه[٨]، ولا تبطل[٩] بالقسمة.

ولهما أنه أوصى[١٠] بما يستقر ملكه فيه بالقسمة؛ لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء

---

(١٣) على إجازة صاحبه. (زيلعى)

(١٤) قوله: "وهو [أى الموصى]" دفع دخل مقدر، تقريره الدخل من جانب الشيخين: أنه بعد القسمة لو وقع البيت فى نصيبه وملكه، فلم لا تنفذ الوصية السابقة، والدفع منشأه توصيف القسمة.

وحاصله: أنه وإن ملكه بعد الوصية بالقسمة لا تنفذ الوصية السابقة، فإن القسمة موصوفة بكونها مبادلة، فصار كأنه اشترى بعض البيت بعد الوصية، فكيف تنفذ الوصية السابقة فى كل البيت؟

(١٥) بيت.

(١٦) وصية.

(١٧) فصار كأنه اشترى بعض البيت بعد الوصية.

(١) حيث لا يصح الوصية. (غن)

(٢) الدار.

(٣) البيت.

(٤) أى للموصى له.

(٥) أى فوات الموصى به.

(٦) جارية.

(٧) لأن البيع دليل الرجوع. (غن)

(٨) قوله: "على ما بيناه [فى مسائل الرجوع عن الوصية]" إشارة إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله: وإذا صرح بالرجوع، أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً. (غن)

(٩) لأن القسمة ليس بدليل الرجوع. (غن)

(١٠) قوله: "أنه أوصى إلخ" يعنى أن إيجاب الوصية فى البيت يتناول ملك الموصى على الاحتمال؛ لأن الحال متردد وقت الإيصاء بين أن يقع هذا البيت فى نصيبه، وبين أن يقع فى نصيب شريكه، فيتوقف حكم الوصية على القسمة، فيكون ذلك وصيته بما يستقر ملكه بالقسمة؛ لأن ملك الموصى على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، والظاهر أن الموصى قصد الإيصاء بالملك الكامل انتفاعه، فصار كان الموصى، قال: هذا البيت لفلان إن وقع فى قسمى، فإن لم يقع فى قسمى، فله مثل ذلك، ولو أنه أفصح بذلك، فله مثل ذلك إذا لم يقع فى قسمته، فكذا ههنا. (غن)

بملكٍ منتفع به من كلّ وجه، وذلك[١] يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقرّ ملكه فى جميع البيت، إذا وقع[٢] فى نصيبه، فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة[٣] فى هذه القسمة تابع.

وإنما المقصود[٤] الإفراز تكميلا للمنفعة، ولهذا يجبر على القسمة فيه[٥]، وعلى اعتبار الإفراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء، وإن وقع[٦] فى نصيب الآخر تنفذ[٧] فى قدر ذرعان جميعه[٨] مما وقع فى نصيبه[٩].

إما لأنه عوضه[١٠] كما ذكرناه[١١]، أو لأن مراد الموصى[١٢] من ذكر البيت التقدير

---

(١) أى الانتفاع بكل وجه.

(٢) جميع البيت.

(٣) قوله: "ومعنى المبادلة إلخ" قيد بقوله فى هذه القسمة: لأن الدار جنس واحد، فيكون الإفراز فى قسمة الدار الواحدة راجحا، ولهذا لا يجرى الجبر فيها بالإجماع، أو لأن معنى المبادلة، وإن كان راجحًا فى العقار إلا أن فى هذه القسمة معنى المعاوضة تابع تصحيحًا لتصرف الموصى، وباب الوصية أوسع، ولهذا يصح بالمعدوم على خطر الوجود كالثمر والغلة. (ك)

(٤) قوله: "وإنما المقصود الإفراز إلخ" وفيه بحث، وهو أنه قال فى كتاب القسمة: والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات، ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض، فكيف كانت المبادلة فيه تابعة، وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله: ومعنى المبادلة ظاهر فى العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء، وما نحن فيه كذلك، فكان معنى المبادلة فيه تابعًا؛ لما ذكرنا ههنا؛ لأن الجبر لا يجرى فى المبادلة، ويكون معنى قوله هناك: ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض إذا لم تكن عن جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة، ولهذا يجبر على القسمة، والباقى ظاهر. (ع)

(٥) قوله: "ولهذا يجبر إلخ" ولا يبطل الوصية إذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى له. (زيلعى)

(٦) البيت.

(٧) الوصية.

(٨) البيت.

(٩) الموصى.

(١٠) قوله: "عوضه [البيت]" هذا الدليل مخدوش؛ لأنه أقر ههنا بالعوضية والمبادلة، وقال سابقًا: إن معنى المبادلة فى هذه القسمة تابعه، فإن قلت: إنه لا منافاة؛ لأنه ما قال سابقًا: يشعر بوجود المبادلة، وإن كانت بالتبعية، وما قال ههنا: إقرار بوجودها، قلت: إن منظور نظر الشارع، ومقصوده إن كان مبادلة، فما قال سابقًا: لا يستقيم، وإلا فما قال ههنا: لا يستقيم، فتدبر.

(١١) يعنى فى الجارية الموصى بها. (ع) إشارة إلى قوله: تنفذ الوصية فى بدلها. (غن)

(١٢) قوله: "أو لأن مراد إلخ" أى لأن مراد الموصى من الوصية بالبيت المشترك بينه وبين صاحبه التقدير بذرعانه على أن يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر تحصيلا للمقصود، وهو تنفيذ الوصية؛ لأن مقصوده لا يحصل إذا أريد به التمليك بعينه؛ لأنه ربما يقع بعد القسمة فى نصيب صاحبه، ولكن إذا وقع البيت فى نصيب الموصى يتعين البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتمليك بعينه. (غن)

به[١] تحصيلا لمقصوده[٢] ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعًا بين الجهتين التقدير والتمليك[٣]، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير.

أو لأنه أراد[٤] التقدير على اعتبار أحد الوجهين[٥]، والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر[٦]، كما إذا علّق[٧] عتقَ[٨] الولد[٩]، وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمتُه[١٠].

فالمرادُ في جزاء الطلاق مطلق الولد، وفي العتق ولدٌ حيّ، ثم إذا وقع البيت[١١] في نصيب غير الموصي، والدار مائة ذراع، والبيت عشرة أذرع يقسمُ نصيبه[١٢] بين الموصى له، وبين الورثة على عشرة أسهم تسعةٌ منها للورثة، وسهم للموصى له، وهذا عند محمد[١٣]، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصفِ البيت، وهم[١٤] بنصف الدار سوى البيت، وهو خمسة وأربعون[١٥]، فيجعل كل خمسة[١٦] سهمًا، فيصير عشرة.

وعندهما يقسم على أحد عشر سهمًا[١٧]؛ لأن الموصى له يضرب بالعشرة،

---

(١) البيت.

(٢) الموصي.

(٣) بعينه.

(٤) بذكر البيت. (غن)

(٥) يعني في وقوع البيت في نصيب الشريك. (ع)

(٦) يعني في وقوعه في نصيبه. (ع)

(٧) قوله: "كما إذا علّق إلخ" فقال: إذا ولدت أمتي أول ولد، فهو حر، وأنت طالق، يكون المراد في جزاء الطلاق مطلق الولد، حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حيًا أو ميتًا؟ لأن مطلق الولد يصلح جزاء للطلاق، وفي جزاء العتق يكون المراد ولدًا حيًا؛ لأن الميت ليس محلا للعتق. (غن)

(٨) الموصي.

(٩) المولود.

(١٠) الموصي.

(١١) أي إذا قسم ووقع إلخ.

(١٢) وهو خمسون ذراعًا. (غن)

(١٣) قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث. (مغرب)

(١٤) أي الورثة.

(١٥) ذراعًا.

(١٦) أذرع.

(١٧) قوله: "يقسم [نصيب الموصي] على أحد عشر إلخ" فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصي بين الورثة،

وهم[1] بخمسة وأربعين، فتصير السهام[2] أحد عشر للموصى لهَ سهمان، ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصيّة إقرار[3]، قيل: هو على الخلاف، وقيل[4]: لا خلاف فيه لمحمد[5].

والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقرّ بملك الغير لغيره، ثم ملكه[6] يؤمر بالتسليم إلى المقر له، والوصيّة[7] بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه[8] بوجه من الوجوه، ثم مات لا تصح وصيته، ولا تنفذ.

قال[9]: ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي[10]، فإن دفعه[11]، فهو جائز[12].

وله[13] أن يمنع[14]؛ لأن هذا تبرع بمال الغير، فيتوقف[15] على إجازته[16]، وإذا

الموصى له على خمسة أسهم، سهم للموصى له، وأربعة للورثة؛ لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين، قلنا: زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين، وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة، وحق الورثة في أربعين، فيعتبر زعم كل فريق في حصته، فجعلنا كل خمسة سهماً، فصار الكل أحد عشر. (ك)

(١) ورثة.

(٢) قوله: "فتصير السهام إلخ" بيانه أن الإيجاب لما صح، وهو متناول للبيت، وهو عشرة أذرع من الدار، فإذا رفعت العشرة من المائة، بقي تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة وأربعون، فيكون خمسة وأربعون لورثة الموصي، وعشرة للموصى له إذا ضمت إلى خمسة وأربعين يصير خمسة وخمسون، فيجعل كل خمسة سهما، فيصير أحد عشر سهماً. (عن)

(٣) قوله: "ولو كان مكان الوصية إلخ" أي إقرار البيت من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع البيت في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله، وعند محمد يؤمر بتسليم النصف، أو قدر النصف، وقيل: محمد معهما في الإقرار، والفرق له على هذه الرواية أن الإقرار بملك الغير إلخ. (ت)

(٤) وهو الأصح. (غن)

(٥) بل قول محمد كقولهما في الوصية. (ع)

(٦) بوجه من الوجوه.

(٧) لرجل.

(٨) الموصى به.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير".

(١٠) وإن لم يجز بطلت.

(١١) أي إلى الموصى له. (ع) أي سلمه الغير.

(١٢) قوله: "فهو جائز" وذلك لأن العقد الموقوف إذا لحقه الإجازة صار مضافا إلى المجيز، فإذا أضيف إليه صار ذلك هبة منه، والهبة لا تتم إلا بالتسليم، فإن منعه بعد الإجازة، كان له ذلك؛ لأنه تبر ع. (ع)

(١٣) غير.

(١٤) أي له أن يمنع من التسليم بعد الإجازة. (زيلعي)

أجاز[١] يكون[٢] تبرعًا منه أيضًا، فله أن يمتنع من التسليم.

بخلاف[٣] ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، وأجازت الورثة؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه، والامتناع[٤] لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم، فنفذ[٥] من جهة الموصي.

قال[٦]: وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفًا، ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله، فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده، وهذا استحسان.

والقياس أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر؛ لأن إقراره بالثلث[٧] له[٨] تضمن إقراره بمساواته[٩] إياه، والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف.

وجه الاستحسان أنه أقر بثلثٍ شائع في التركة[١٠]، وهي في أيديهما، فيكون مقرًا بثلث ما في يده.

بخلاف[١١] ما إذا أقر أحدهما بدينٍ لغيره؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فيكون مقرًا بتقدمه[١٢]، فيقدم عليه[١٣].

---

(١٥) هذا التبرع.

(١٦) غير.

(١) الغير.

(٢) هذه الإجازة.

(٣) حيث يجوز بغير التسليم. (غن)

(٤) أي امتناع النفاذ في الزيادة على الثلث. (غن)

(٥) إن نفذت وصيته في ماله. (غن)

(٦) في "الجامع الصغير". (غن)

(٧) قوله: "لأن إقراره إلخ" يعني أن في زعم المقر أن المال يقسم أثلاثًا، ونصيب الموصى له، ونصيب كل واحد من الابنين سواء، فلما أنكر أحدهما، أو غاب، جعل كان نصيبه لم يكن، فيقسم الباقي عليهما نصفين؛ لأن نصيبهما سواء. (غاية البيان)

(٨) أي للموصى له.

(٩) أي بمساواة الموصى له.

(١٠) أي نصفه فيما في يده، ونصفه فيما في يد الآخر. (غن)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" أي بخلاف ما لو أقر أحد الابنين بدين، فإنه يقضي للمقر له بكل الدين من نصيب المقر؛ لأن الدين ليس بجزء شائع، بل مقدم على الميراث، ألا ترى أن نصيب الغائب يجعل كالهالك، ولو كان هالكًا، كان حق الموصى له في ثلث الباقي، وحق الغريم في كله، فكذلك في مسألتنا. (غاية البيان)

(١٢) قوله: "فيكون مقرًا إلخ" فإن كان الدين مستغرقًا جميع نصيبه، دفعه إليه. (عناية)

(١٣) الميراث.

أما الموصى له بالثلث شريك الوارث، فلا يسلم له[١] شيء إلا أن يَسْلم للورثة ثلثاه، ولأنه[٢] لو أخذ[٣] منه نصف ما في يده، فربما[٤] يقرّ الابن الآخر به أيضًا، فيأخذ نصف ما في يده[٥]، فيصير نصف التركة، فيزاد على الثلث.

قال[٦]: ومن أوصى لرجل بجارية، فولدت[٧] بعد موت الموصى ولدًا، وكلاهما[٨] يخرجان من الثلث، فهما للموصى له؛ لأن الأم دخلت في الوصية أصالة[٩]، والولد تبعًا حين كان[١٠] متصلا بالأم[١١]، فإذا ولدت قبل القسمة، والتركة قبلها[١٢] مُبقاةٌ على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل[١٣] في الوصية، فيكونان للموصى له وإن لم يخرجا[١٤] من الثلث ضرب بالثلث[١٥]، وأخذ[١٦] ما يخصّه منهما[١٧] جميعًا في قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: يأخذ[١٨] ذلك[١٩] من الأم، فإن فضل[٢٠] شيء أخذه[٢١] من

(١) أي للموصى له.

(٢) الموصى له.

(٣) من المقر.

(٤) أي ربما أقر الابن الآخر لرجل بمثل هذا. (غن)

(٥) آخر.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٧) أي قبل القبول وقبل القسمة. (ك)

(٨) أي الجارية والولد.

(٩) قوله: "لأن الأم إلخ" أي إنما كان الولد والأم جميعًا للموصى له إذا خرجا من الثلث؛ لأن ما يحدث من النماء قبل القسمة، يحدث على حكم ملك الميت بدليل أنه يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، فينفذ الوصية بالثلث فيهما جميعًا في الأم أصالة، وفي الولد تبعًا لاتصاله بالأم. (غن)

(١٠) ولد.

(١١) الولد.

(١٢) القسمة.

(١٣) الولد.

(١٤) أي الجارية والولد.

(١٥) الموصى له.

(١٦) الموصى له.

(١٧) من كل واحد منهما نصف الثلث. (غن)

(١٨) الموصى له.

(١٩) الثلث.

(٢٠) من الثلث. (عن)

الولد.

وفى "الجامع الصغير: عيّن صورة، وقال رجل: له ست مائة درهم، وأمة تساوى ثلث مائة درهم، فأوصى بالجارية لرجل، ثم مات فولدت ولداً يساوى ثلث مائة درهم قبل القسمة[١]، فللموصى له الأمّ، وثلث الولد عنده، وعندهما له ثلثا كل واحد[٢] منهما[٣].

لهما ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصيّة[٤] تبعًا حالة الاتّصال[٥]، فلا يخرج[٦] عنها[٧] بالانفصال، كما فى البيع[٨]، والعتق، فتنفذ الوصيّة[٩] فيهما على السواء من غير تقديم الأم.

وله أن الأم أصل[١٠]، والولد تبع فيه[١١]، والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفّذْنا الوصيّة فيهما جميعًا تنتقض الوصيّة فى بعض الأصل، وذلك لا يجوز[١٢].

بخلاف البيع[١٣]؛ لأن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى إلى نقضه[١٤] فى الأصل،

---

(٢١) موصى له.

(١) قوله: "قبل القسمة" وإن كانوا اقتسموا، وأخذ الورثة ست مائة، والموصى له الجارية، ثم ولدت ولدا، فالولد للموصى له. (جامع صغير)

(٢) أى للموصى له.

(٣) أى من الجارية والولد.

(٤) لأن الوصية تسرى إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالإجماع.

(٥) بالأم.

(٦) الولد.

(٧) الوصية.

(٨) قوله: "كما فى البيع إلخ" يعنى تسرى الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة، كما يسرى البيع إلى الولد الحادث قبل القبض، وإذا أعتق جارية حاملة عتق ولدها تبعًا، فإذا ولدت يبقى الولد، كذلك عتيقًا، أو نقول: إذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة، فإن العتق ينفذ فيهما، وإن لم يخرجا من الثلث يوزع بينهما. (ك)

(٩) لأن الوصية تسرى إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالإجماع. (غن)

(١٠) قوله: "أن الأم أصل [أى فى الوصية. ع] إلخ" وإنما كانت وصية الأم أصلا؛ لأن الإيجاب يتناولها، ثم يسرى حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع، فتنفذ الوصية بالأم، ثم يكون له من الولد قدر ما بقى من الثلث، وتنفذ الوصية فى جميع الأم كان مستحقا قبل الولادة، فلا يتغير بزيادة المال؛ لأنه يؤدى إلى نقضها فى الأصل. (ع)

(١١) أى فى الوصية على تأويل الإيصاء. (غ)

(١٢) قوله: "وذلك لا يجوز [لأن فيه إبطال الأصل بالتبع. ع]" أى لا يجوز انتقاض الوصية فى بعض الأصل لمزاحمة التبع. (غن)

(١٣) قوله: "بخلاف البيع" أى ليس كذلك البيع؛ لأن القول بالشركة لا ينقض شيئًا من الأصل؛ لأن البيع نافذ فى الأم كما كان، وإنما انحط بعض الثمن عن الأصل، والثمن فى البيع تابع، فصار بمنزلة حط بعض الثمن، بخلاف الوصية،

بل يبقى[١] تامًّا صحيحًا فيه إلا أنه لا يقابله بعض الثمن[٢] ضرورة مقابلته بالولد، إذا اتصل به[٣] القبض[٤]، ولكن الثمن تابعٌ في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن[٥] كان فاسدًا[٦]، هذا إذا ولدت قبل القسمة[٧]، فإن ولدت بعد القسمة، فهو[٨] للموصى له؛ لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

فصل في اعتبار حالة الوصيّة[٩]

قال[١٠]: وإذا أقر المريضُ لامرأة بدين، أو أوصى لها بشيء، أو وهب لها، ثم تزوجها، ثم مات جاز الإقرار[١١]، وبطلت الوصية والهبة؛ لأن الإقرار ملزم

فإنهما عند مزاحمة الولد يخرج بعض الأصل عن الوصية، فلا يبقى الوصية في الأم، كما كانت، فلا يجوز أن يكون التبع ناقضًا للأصل. (غن)

(١٤) البيع.

(١) البيع.

(٢) قوله: "إلا أنه لا يقابله [أي لا يقابل الأصل بعض الثمن لأجل ضرورة مقابلة ذلك البعض بالولد. غن] إلخ" جواب عما يقال: لا، نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل، فإن بعض الثمن لا يقابله في ذلك، وفيه نقض له بحصته، ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين، لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع؛ لأن الثمن تابع. (ع)

(٣) أي بالولد.

(٤) قوله: "إذا اتصل به القبض" إنما قيد بذلك؛ لأن مقابلة بعض الثمن بالولد، إنما يكون أن لو كان مقبوضا بالأصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن، بل يأخذ الأم بجميع الثمن. (ع)

(٥) الواو وصلية.

(٦) هذا البيع.

(٧) قوله: "قبل القسمة" أي قبل القبول أيضًا، فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة، فهو للموصى له؛ لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت، فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له، وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة، ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له من جميع المال، كما لو ولدت بعد القسمة، ومشايخنا قالوا: يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث، كما لو ولدت قبل القبول، وإن ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية، وبقي على حكم ملك الميت؛ لأنه لم يدخل تحت الوصية قصدًا، ولا سراية، والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا. (ك)

(٨) ولد.

(٩) قوله: "فصل في اعتبار إلخ" لما ذكر حكم الوصية في أنها تصح من ثلث المال، لا غير عند عدم الإجازة، ذكر في هذا الفصل أن الوصية بشيء تعتبر حال إيجاب الوصية أم حال الموت، فشرع في بيان ذلك، وأخر هذا الفصل ذكرًا؛ لأن حال الوصية وصف لها يتبع الموصوف لا محالة. (غن)

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) قوله: "جاز الإقرار إلخ" مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثًا، وغير وارث يوم الموت، لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار، وجوازه كون المقر له وارثًا في الحال، فإن الإقرار تمليك في الحال. (ع)

بنفسه[١]، وهى[٢] أجنبية عند صدوره، ولهذا يعتبر من جميع المال.

ولا يبطل بالدين[٣] إذا كان فى حالة الصحة، أو فى حالة المرض، إلا أن الثانى يؤخر عنه، بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت[٤]، وهى[٥] وارثة عند ذلك[٦]، ولا وصية للوارث[٧] والهبة، وإن كانت مُنَجَّزَةً صورةً، فهى كالمضاف[٨] إلى ما بعد الموت حكمًا؛ لأن حكمها يتقرّر عند الموت، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق[٩]، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث.

قال[١٠]: وإذا أقرّ المريض لابنه بدين، وابنه نصرانى، أو وهب له[١١]، أو أوصى له، فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله.

أما الهبة والوصيةُ، فلما قلنا[١٢]: إنه[١٣] وارث عند الموت[١٤]، وهما إيجابان

---

(١) قوله: "ملزم بنفسه" فيه تلويح إلى رد قول زفر، وهو أن الإقرار أيضًا باطل؛ لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك، ولهذا لا يصح للوارث، ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت فى باب الوصية. (ف)

(٢) امرأة.

(٣) قوله: "ولا يبطل بالدين" أى لا يبطل الإقرار بسبب الدين يعنى أن الدين لا يمنع صحة الإقرار، سواء كان الإقرار فى الصحة، أو فى المرض إلا أن الثانى، وهو الإقرار الواقع فى المرض مؤخر عندنا عن الإقرار الواقع فى الصحة حتى إن المال يصرف إلى ما أقر به فى حالة الصحة، فإن فضل منه شيء يصرف إلى ما أقر به فى حالة المرض، وإلا فلا، وعند أبى ليلى الإقراران يستويان، وهو مذهب الشافعى. (غن)

(٤) فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. (غن)

(٥) امرأة.

(٦) الموت.

(٧) بالحديث. (غن)

(٨) قوله: "فهى كالمضاف إلخ" فإن قيل: يشكل بها إذا وهب المريض فى مرض موته جاريته لرجل، فإنه يحل للموهوب له وطئها، ولا يحل للموصى له ذلك، قلنا: حل الوطئ مبنى على الملك، والملك يثبت للموهوب له بالقبض، ولكن على عرضة الانتقاض لظهور الدين عند الموت، وذلك لا يمنع حل الوطئ، كما فى الاستحقاق، والرد بالعيب. (ك)

(٩) قوله: "ألا ترى أنها تبطل إلخ" فإن من وهب عبدا فى مرض موته لأجنبى، وهو جميع ماله، وسلمه له صح ذلك، وصار ملكًا للموهوب له، ثم إذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ فى الثلثين حقًا للورثة فى الكل حقًا للغرماء، وصارت الهبة كالمتعلق بالموت، فصار حكمها حكم الوصية. (عن)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) فقبضه. (غن)

(١٢) فى المسألة الأولى.

(١٣) ابن.

(١٤) لإسلامه.

عنده[١]، أو بعده[٢]، والإقرارُ وإن[٣] كان ملزمًا بنفسه، ولكن سبب الإرث، وهو البنوة قائم وقت الإقرار، فيعتبر فى إيراث تهمة الإيثار[٤]. بخلاف ما تقدم[٥]؛ لأن سبب الإرث الزوجية، وهى طارئة[٦] حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار[٧]، وهى[٨] نصرانية، ثم أسلمت قبل موته[٩] لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره[١٠]، وكذا لو كان الابن عبداً[١١]، أو مكاتبًا فأعتق؛ لما ذكرنا[١٢].

وذكر فى كتاب الإقرار[١٣] إن لم يكن عليه[١٤] دين يصح[١٥]؛ لأنه[١٦] أقر لمولاه وهو[١٧] أجنبى، وإن كان عليه دين[١٨] لا يصح؛ لأنه إقرار له، وهو ابنه، والوصية

---

(١) قوله: "وهما إيجابان عنده [موت]" هذا بالنظر إلى أن الإيصاء تمليك مضاف إلى زمان زوال الأهلية، وهو زمان الموت على ما روى عن الشافعى، أو بعده هذا بالنظر إلى أن التركة مبقاة على ملك الميت بعد الموت، فالإيصاء تمليك على سبيل الاستخلاف، فلا بد من بطلان أهلية الأصل، كما هو مذهبنا. (مل)

(٢) موت.

(٣) الواو وصلية.

(٤) أى إيثار هذا الابن على الورثة الآخر.

(٥) أى ما إذا أقر لأجنبية، ثم تزوجها حيث لا يبطل الإقرار. (غن)

(٦) لم تكن وقت الإقرار.

(٧) أى إقرار المريض لها بدين.

(٨) الواو حالية.

(٩) المقر.

(١٠) أى صدور الإقرار.

(١١) قوله: "وكذا لو كان الابن إلخ" أى يبطل الإقرار والوصية والهبة، كما لو كان نصرانيًا، فأسلم قبل موت الأب. (ك)

(١٢) قوله: "لما ذكرنا" مراد المصنف بقوله: وكذا لو كان الابن عبداً، أو مكاتبًا، فأعتق؛ لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها فى هذه المسائل أيضًا لدليل ذكرنا فى المسألة السابقة، ومراد بقوله: وذكر فى كتاب الإقرار إلى قوله: قال: والمقصد إلخ بيان أن فى صورة الإقرار رواية للصحة أيضًا، وكذا فى صورة الهبة، وأما فى صورة الوصية، فلا رواية للصحة أصلا. (نتائج الأفكار)

(١٣) من "المبسوط".

(١٤) العبد.

(١٥) الإقرار.

(١٦) المقر.

(١٧) المولى.

(١٨) قوله: "وإن كان عليه [العبد] إلخ" أى إن كان على العبد دين لم يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون للعبد، وهو ابنه، فلا يصح الإقرار؛ لأن المولى لا يملك ما فى يده، وإن لم يكن على العبد دين يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون لمولاه، ومولاه أجنبى، فيصح الإقرار له، وهذا لأن المولى ملك ما فى يده. (غن)

باطلة؛ لما ذكرنا[١] أن المعتبر فيها وقت الموت.

وأما الهبة، فيروى أنها تصح؛ لأنها تمليك فى الحال، وهو رقيق[٢]، وفى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية، فلا تصح.

قال[٣]: والمُقْعَد[٤] والمفلوج[٥] والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك[٦]، ولم يخف منه الموت[٧]، فهبته من جميع المال؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعًا من طباعه[٨]، ولهذا لا يشتغل بالتداوى، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك، فهو[٩] كمرض حادث.

وإن وهب عند ما أصابه ذلك، ومات[١٠] من أيامه، فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش[١١]؛ لأنه يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى، فيكون مرض الموت، والله أعلم.

---

(١) قوله: "لما ذكرنا أن إلخ" فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والابن ح، وارث، ولا وصية للوارث. (ع)

(٢) فى الحال، أى فى وقت الهبة.

(٣) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٤) قوله: "والمقعد [هو من لا يقدر على القيام. غن]" مقعد قعاد زده وبر جائى مانده وقعاد بيماريست كه صاحب خود را فروشاند. (من)

(٥) قوله: "والمفلوج إلخ" الفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقى البدن، وسلامة الشق الآخر، والشلل فساد فى اليد يقال: شلت يده فشل، ورجل أشل، والسل عبارة عن اجتماع المرة فى الصدر ونفثها، كذا ذكروا فى كتب الطب، وتفسير المطرزى أن المسلول الذى سلّت أنثياه أى نزعت خصيتاه، لا يناسب هذا الموضع؛ لأن الكلام فيما إذا تطاول المرض، ولم يخف منه الموت، والذى نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضاً أصلا. (غن)

(٦) قوله: "إذا تطاول ذلك إلخ" ومدة التطاول مقدرة بالسنة، والمراد من الخوف الغالب منه، لا نفس الخوف. (ك)

(٧) أى صار بحال لا يخاف منه الموت.

(٨) قوله: "صار [يعنى خرج من أن يكون مرض الموت] طبعًا [فحكمه حكم الأصحاء، فيعتبر تصرفه من ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث. غن] إلخ" لأن المغير لحكم التصرف مرض الموت، وهو ما يكون سببًا للموت غالبًا، وإنما يكون كذلك إذا كان بحال يزداد حالا فحالا إلى أن يكون آخره الموت، فأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد، ولا يخاف منه الموت، فلا يكون سببًا للموت كالعمى ونحوه، وإنما يكون فى حكم المرض فى أول ما أصابه ذلك إذا صار صاحب فراش، وصاحب الدق والسل قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون فى حكم المريض؛ لأن الإنسان قلما يخلو عن قليل مرض، فما دام يخرج فى حوائجه بنفسه، ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضاً عند الناس، كذا ذكره الإمام قاضى خان. (ك)

(٩) فيعتبر تصرفه لثلث. (ع)

(١٠) أى الفالج والسل وأمثالهما.

(١١) قوله: "إذا صار إلخ" أى إن صار صاحب فراش فى أول ما حدثت تلك العلة، ومات فى أيامه ذلك، فحكمه حكم المريض يعتبر تصرفه فى ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث. (غن)

باب العتق في مرض الموت[(١)]

قال[(٢)]: ومن أعتق في مرضه عبداً، أو باع، وحابى، أو ذهب، فذلك كله جائز، وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا[(٣)].

وفي بعض النسخ[(٤)]: فهو وصية مكان قوله: جائز، والمرادُ الاعتبار من الثلث[(٥)]، والضرب مع أصحاب الوصايا، لا حقيقة الوصية؛ لأنها إيجاب[(٦)] بعد الموت، وهذا منجّز غير مضاف[(٧)]، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة[(٨)].

وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان[(٩)]، والكفالة في حكم الوصية[(١٠)]؛ لأنه يُتّهم فيه[(١١)] كما في الهبة، وكل ما أوجبه[(١٢)] بعد الموت، فهو من الثلث[(١٣)] وإن[(١٤)] أوجبه[(١٥)] في حال صحته؛ اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد،

---

(١) قوله: "باب العتق إلخ" لما كان الإعتاق في المرض في معنى الوصية؛ لوقوعه تبرعًا في زمان تعلق حق الورثة، ذكره في كتاب الوصايا، ولكن أخر ذكره عما هو صريح في الوصية؛ لكون الصريح، هو الأصل في الدلالة. (غن)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "ويضرب به إلخ" أي يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة، وهو العبد المعتق في مرض الموت، والمشترى من المريض الذي باع بالمحاباة، والموهوب له مع أصحاب الوصايا، والمراد من ضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا يستحقون الثلث لا غير، وليس المراد أنهم يتساوون أصحاب الوصايا؛ لأن العتق المنفذ في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث. (غن)

(٤) أي نسخ "مختصر القدوري".

(٥) قوله: "والمراد إلخ" أي المراد من قوله: وصية اعتباراً للعتق الواقع في المرض، أو بيع المحاباة الواقع فيه، أو الهبة الواقعة فيه من الثلث كاعتبار الوصية من الثلث، وليس مراده أن كل واحد من الأشياء المذكورة وقع وصية حقيقة؛ لأن حقيقة الوصية إيجاب تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وليس كل واحد منها بهذه المثابة، بل وقع منجزا، ولكن لما كان حكم كل واحد منها حكم الوصية باعتبار الثلث سماه وصية. (غن)

(٦) تطوعًا.

(٧) إلى الموت.

(٨) بالمال.

(٩) قوله: "كالضمان والكفالة" غاير بينهما بعطف؛ لأن الضمان أعم من الكفالة، فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبي: خالع امرأتك على ألف على أني ضامن، وكذلك لو قال: بع هذا العبد بألف على أني ضامن لك بخمس مائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي، لا على المرأة، والخمس مائة على الضامن دون المشتري. (ع)

(١٠) فيعتبر من الثلث. (غن)

(١١) قوله: "لأنه يتّهم فيه" أي لأنه متهم في إيجابه على نفسه في ذمته، كما بينهم في الهبة. (غن)

(١٢) أي أضافه إلى الموت.

(١٣) قوله: "فهو من الثلث" لأنه علقه بحال تعلق الورثة فيه بالمال، فكان المعتبر فيه حال الإضافة، لا حال الإيجاب. (غن)

وما نَفّذه من التصرف[1].

فالمعتبر فيه حالة العقد[2]، فإن كان صحيحًا[3]، فهو من جميع المال[4] وإن[5] كان مريضًا، فمن الثلث، وكل مرض[6] صح منه، فهو كحال الصحة؛ لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله.

قال[7]: وإن حابى[8]، ثم أعتق، وضاق الثلث عنهما، فالمحاباة أولي[9] عند أبي حنيفة، وإن أعتق، ثم حابى، فهما[10] سواء، وقالا[11]: العتق أولى في المسألتين.

والأصل[12] فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث[13]، فكل من

---

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) أي وإن كان الإيجاب واقعا في الصحة. (عن)

(١) كالإعتاق والهبة، أي لم يضفه إلى بعد الموت (غن)

(٢) أي حالة عقد التصرف. (غن)

(٣) حال العقد.

(٤) أي يعتبر تصرفه من جميع المال.

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "وكل مرض إلخ" أي كل مرض صح منه، وقد تصرف فيه كان تصرفه تصرف الأصحاء؛ لأنه لما برئ من مرضه تبين أنه لم يكن مرضه سبب الحجز عن تصرفه حيث لم يكن حق أحد متعلقا بماله. (غن)

(٧) القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "وإن حابى [أي باع بغبن فاحش] إلخ" صورته رجل باع في مرضه عبداً يساوي ألفين من رجل بألف، وأعتق عبداً يساوي ألفًا، ولا مال له سواهما، فالمحاباة أولى، وإن ابتدأ بالعتق تحاصاً فيه عند أبي حنيفة، ففي الأول يسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبقَ من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن رده، فيسعى العبد في قيمته للورثة، وفي الثانية: يتحاصان في مقدار الثلث، وقالا: العتق أولى سواء قدم المحاباة أو أخره، فيعتق العبد مجانا؛ لأن قيمته بقدر الثلث، ويخير المشتري إن شاء نقض البيع، ورد العبد؛ لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد، وأدى كمال قيمة العبد ألفي درهم. (ف)

(٩) قوله: "فالمحاباة أولى إلخ" إن كانت المحاباة قبل العتق بدئ بالمحاباة قبل العتق، وإن كان العتق قبل المحاباة تحاصا جميعاً صاحب المحاباة والعتق، فإن لم يبقَ شيء بعدهما بطل ما بقي من الوصايا، وإن بقي من الثلث شيء فضاربوا فيه على قدر وصاياهم. (مختصر كرخي)

(١٠) أي تحاصا. (عن)

(١١) قوله: "وقالا: إلخ" قال أبو يوسف ومحمد: يبدأ بالعتق قبل المحاباة، قدم العتق أو أخر، فإن لم يبقَ شيء من الثلث، بطلت الوصية الباقية، وإن بقي من الثلث شيء تضارب أهل الوصايا الباقية على قدر وصاياهم، وكان لكل منهم قدر ما يخص وصية من ذلك. (غن)

(١٢) أي الأمر الكلي.

(١٣) مثل أن يوصي بالربع والسدس. (غن)

أصحابها يضرب بجميع وصيته[١] في الثلث[٢] لا يقدم البعض على البعض إلا العتق[٣] الموقع في المرض[٤]، والعتق المعلّق بموت الموصى[٥] كالتدبير الصحيح[٦].

والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض؛ لأن الوصايا قد تساوت، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق.

وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا[٧]؛ لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى، وغيره يلحقه[٨]، وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى.

وإذا قدم ذلك[٩]، فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه[١٠] من سواهما[١١] من أهل الوصايا، ولا يقدم البعض على البعض.

لهما في الخلافية[١٢] أن العتق أقوى[١٣]؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، والمحاباة

---

(١) أي بقدر نصيبه.

(٢) فيكون الثلث بينهم. (غن)

(٣) قوله: "إلا [مستثنى من قوله: لا يقدم. ع] العتق [أي العتق المنفذ. ك] إلخ" فإنه يبدأ بكل ذلك قبل كل وصية، ثم يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك، فما بقي من الثلث يكون بينهم على قدر وصاياهم. (غن)

(٤) قوله: "الموقع في المرض" أي المنجز لا المفوض إلى إعتاق الورثة مثل أن يقول: أعتقوا، ويوصي بعتقه بعد موته. (ع)

(٥) قوله: "والعتق المعلّق إلخ" والوجه فيه أن ما يكون منفذاً عقيب الموت من غير حاجة إلى التنفيذ، فهو في المعنى أسبق مما يحتاج إلى التنفيذ، والترجيح يقع بالسبق، وتوضيحه أن العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون، فإن صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه، وههنا بنفس الموت يصير مستوفياً حقه، والدين مقدم، فكذا ما في معناه. (ك)

(٦) قوله: "كالتدبير الصحيح" إنما قيد التدبير بالصحيح؛ لأنه إذا لم يكن صحيحا كما إذا قال مثلا: هو حر بعد موتي بيوم، أو شهر لا يكون مقدما على سائر الوصايا، بل هو، وسائر الوصايا سواء، والتدبير الصحيح مثل أن يقول الرجل لمملوكه: أنت حر بعد موتي، أو أنت حر إذا مت، أو إن مت، أو إن حدث بي حدث، فهذا كله واحد، وهو مدبر. (غن)

(٧) أي العتق الموقع في المرض، والعتق المعلق بموت الموصي.

(٨) قوله: "وغيره يلحقه" أي غير العتق الذي ذكرناه يلحقه الفسخ، والذي ذكره هو العتق الموقع في المرض، والعتق المعلق بموت الموصي، وهو التدبير الصحيح، وأراد بغير ذلك سائر الوصايا بمال. (غن)

(٩) أي العتق المذكور والمحاباة.

(١٠) أي في ما بقي من الثلث. (عن)

(١١) أي من سوى العتق المذكور، والذي حابى له. (عن)

(١٢) قوله: "في الخلافية [وهي الذي قدم فيه المحاباة على العتق. ع]" قال صاحب "العناية" في بيان الخلافية: وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق، وتبعه العيني، أقول: هذا شرح فاسد، فإن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسألتين المذكورتين، والدليل المذكور من قبلهما، والدليل المذكور من قبله متمشيان في تينك المسألتين، فالصواب في بيانها أن يقال: وهي التي اجتمع فيها العتق، والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة، أو قدمت المحاباة على العتق. (نتائج)

يلحقها[١]، ولا معتبر[٢] بالتقديم فى الذكر؛ لأنه[٣] لا يوجب التقدم فى الثبوت[٤].

وله أن المحاباة أقوى[٥]؛ لأنها تثبت فى ضمن عقد[٦] المعاوضة[٧]، فكان تبرعا بمعناه، لا بصيغته[٨]، والإعتاق تبرع[٩] صيغة ومعنًى، فإذا وجدت المحاباة[١٠] أولا دفع الأضعف[١١]، وإذا وجد العتق أولا وثبت، وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة[١٢].

وعلى هذا[١٣] قال أبو حنيفة: إذا حابى، ثم أعتق، ثم حابى قسم الثلث[١٤] بين المحاباتين نصفين لتساويهما[١٥]، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة[١٦] قسم بينها وبين

---

(١٣) من المحاباة.

(١) الفسخ من جهة المشترى.

(٢) أى لا يكون المحاباة أولى بالتقديم فى الذكر. (غن)

(٣) أى لأن التقديم فى الذكر.

(٤) قوله: "لأنه لا يوجب التقدم إلخ" لأن زمان التقرر بعد الموت، والكل يتقرر معا. (كف)
قوله: "لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت" ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثًا وصل أو فصل، ولا عبرة للبداية، فكذلك ههنا. (م)

(٥) من العتق، فكان بالتقديم أولى. (غن)

(٦) بيع.

(٧) وبالحجر لا يلحقه الحجر عن المعاوضة. (م)

(٨) قوله: "لا بصيغته إلخ" يعنى أن صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع، ولكن التبرع حصل من حيث المعنى من حيث إيثار بعض المال حيث باع بغبن فاحش، بخلاف الإعتاق، فإنه تبرع صيغة ومعنى؛ لأنه إيثار محض ليس فى مقابلته إيثار المال، فكان المحاباة أقوى. (غن)

(٩) لأنه لم يثبت فى ضمن المعاوضة، وبالمرض يلحقه الحجر عنه. (م)

(١٠) قوله: "فإذا وجدت إلخ" فإن قيل: العتق لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها الفسخ، فكان العتق أولى، قيل: المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت، ومن جهة الورثة، فلا يكون لهم سبيل إلى فسخها، وإنما يصح فسخها من جهة المشترى، فيستدل بانقطاع حقهم فى الفسخ على تأكدها، فأما وقوع الفسخ من جهة المشترى، فلا اعتبار؛ لأن المحاباة ما وقعت عن قبل المشترى، وهو المواصلة، بل من قبل الموصى، وليس له الفسخ. (غن)

(١١) أى العتق.

(١٢) فهما سواء.

(١٣) أى على الأصل الذى ذكر من جهة أبى حنيفة.

(١٤) قوله: "قسم الثلث إلخ" فإن قيل: ينبغى أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده؛ لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق، والمحاباة الأولى راجحة على العتق، والمساوى للمرجوح مرجوح، وكذا فى المسألة الثانية ينبغى أن لا يشارك العتق الثاني العتق الأول عنده؛ لأن العتق الأول يساوى المحاباة، وهى راجحة على العتق الثانى، والمساوى للراجح راجح، ترجح العتق على العتق، والمحاباة على المحاباة لا يجوز بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللا، وكذا إذا تخلل الغير. (ك)

العتق[1]؛ لأن العتق مقدم عليها فيستويان، ولو أعتق، ثم حابى، ثم أعتق قسم الثلث[2] بين العتق الأول والمحاباة نصفين، وما أصاب[3] العتق[4] قسم بينه وبين العتق الثاني[5]، وعندهما العتق أولى بكل حالٍ.

قال[6]: ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة[7] عبد، فهلك منها درهم لم يعتق[8] عنه بما بقي عند أبي حنيفة، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها[9]، وبقي[10] شيء من الحجة يرد على الورثة[11].

وقالا: يعتق عنه بما بقي؛ لأنه وصية بنوع قربةٍ[12]، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارًا بالوصيّة[13] بالحج.

وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة، وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه[14] تنفيذ

---

(١٥) في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة. (ع)

(١٦) قوله: "ثم ما أصاب إلخ" أي ما أصاب المحاباة الأخيرة من نصف الثلث، قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها؛ لأنه حصل له الاستواء مع المحاباة لتقدمه عليها. (غاية البيان)

(١) قوله: "قسم بينها إلخ" فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة مساوية للمحاباة، المحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عنها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة، والجواب أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك على ما عرف في موضعه. (ع)

(٢) قوله: "قسم الثلث [أي نصفين؛ لأن العتق لما تقدمها زاحمها. عن] إلخ" فإن قلت: لم لم يقسم بين العتق والعتق، ثم ما أصاب العتق الثاني يقسم بين العتق الثاني والمحاباة.

قلت: لا؛ لأن المحاباة متقدمة على العتق الثاني، فلا يكون مساويًا لها، والعتق الأول مقدم على المحاباة، فيزاحمها في الثلث، ثم ما أصاب العتق الأول يشاركه فيه العتق الآخر للمجانسة، والمساواة بينهما. (عناية)

(٣) أي نصف الثلث. (غن)

(٤) الأول.

(٥) لتجانسهما. (غن)

(٦) أي في "الجامع الصغير". (عن)

(٧) قوله: "بهذه المائة [أي يشترى بهذه المائة عبد، ويعتق ذلك العبد عن الموصى]" وكان المائة ثلث المال، أو أقل من الثلث، وأما إذا كان ثلث ماله أقل من مائة، فإنه لا يشترى، وبطلت الوصية في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يشترى عبد بثلث ماله ويعتق. (مل)

(٨) العبد.

(٩) مائة.

(١٠) أي فضل شيء.

(١١) قوله: "يرد [الباقي أي الفضل] على الورثة" إلا أن يكون الموصى جعل الفضل للذي حج عنه، فيكون له. (ع)

(١٢) أي التقرب إلى الله تعالى.

(١٣) قوله: "بالوصية" أي ما إذا أوصى بأن يحج عنه بهذه المائة، فهلك درهم يحج عنه بما بقي. (غن)

لغير الموصى له[١]، وذلك لا يجوز.

بخلاف الوصية بالحج؛ لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى، والمستحق لم يتبدل، وصار[٢] كما إذا أوصى لرجل بمائة، فهلك بعضها يدفع الباقي إليه.

وقيل[٣]: هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه، وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى، فلم يتبدل المستحق[٤].

وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى، فاختلف المستحق، وهذا أشبه[٥].

قال[٦]: ومن ترك ابنين ومائة درهم، وعبداً قيمته مائة درهم، وقد كان أعتقه في مرضه، فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء؛ لأن العتق[٧] في مرض الموت وإن[٨] كان في حكم الوصية، وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها[٩] تجوز بإجازة الورثة؛ لأن الامتناع لحقهم، وقد أسقطوه.

قال[١٠]: ومن أوصى بعتق عبده، ثم مات، فجنى جناية[١١]، ودفع بها[١٢]

---

(١٤) أي من المائة.

(١) قوله: "لغير الموصى [فتبدل المستحق] له [وفي نسخة: به]" أي لغير من أوصى له الموصي، فإن من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة. (غن)

(٢) أي الوصية بالحج.

(٣) القائل فخر الإسلام البزدوي في "شرح الجامع الصغير".

(٤) فلم يكن العبد موصًى له، بل الموصى له صاحب الشرع وهو لم يتبدل. (غن)

(٥) قوله: "وهذا أشبه" يعني إلى الصواب؛ لأنه يثبت بالدليل أنه حق العبد عنده، فيختلف المستحق إذا هلك منه شيء، ويبطل الوصية، ويرد المائة إلى الورثة. (عناية)

قوله: "وهذا أشبه" أي كون هذا الخلاف في عتق النسمة بناء على أن العتق حق الله تعالى، أو حق المملوك هو أشبه بالصواب. (غن)

(٦) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٧) أي الإعتاق.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أي أن الوصية بأكثر من الثلث.

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) قوله: "فجنى جناية" اعلم أن العبد إذا جنى جناية خطأ، فحكمه الدفع أو الفداء، ثم هذا العبد الموصى له بعتقه إذا جنى جناية بعد موت الموصي كانت الورثة بالخيار إن شاءوا دفعوه بالجناية، وإ شاءوا فدوه، فإن دفعوا بطلت الوصية؛ لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حيًّا، فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته، وهو الموصى له. (غاية البيان)

(١٢) أي بالجناية.

بطلت الوصية؛ لأن الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى، فكذلك[١] على حق الموصى له؛ لأنه يتلقى الملك من جهته[٢] إلا[٣] أن ملكه[٤] فيه باقٍ.

وإنما يزول[٥] بالدفع، فإذا خرج به[٦] عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه الموصى، أو وارثه[٧] بعد موته، فإن فداه الورثة كان الفداء فى مالهم[٨]؛ لأنهم هم[٩] الذين التزموه، وجازت الوصية؛ لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن، فتنفذ الوصية.

قال[١٠]: ومن أوصى بثلث ماله لآخر، فأقر الموصى له، والوارث أن الميت أعتق هذا العبد، فقال الموصى له: أعتقه في الصحة[١١]، وقال الوارث: أعتقه في المرض[١٢]، فالقول قول الوارث، ولا شيء[١٣] للموصى له إلا أن يفضل من الثلث[١٤] شيء[١٥]، أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة؛ لأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق؛ لأن العتق فى الصحة ليس بوصية.

---

(١) فيكون ولى الجناية مقدماً عليه أيضاً.

(٢) الموصى.

(٣) قوله: "إلا" استثناء من قوله: لما أن حق ولى الجناية مقدم. (غن)

قوله: "إلا أن ملكه" أى ملك الموصى فيه باقٍ لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق؛ لما بينا أن ملك الميت باقٍ في لحاجته، وهذا لأن ملك الورثة ملك خلافة، فلا يثبت ما لم يستغن الأصل منه، وهذا جواب إشكال، وهو أن يقال: لما كان حق ولى الجناية مقدما على حق الموصى، والموصى له ينبغى أن تبطل الوصية قبل الدفع، والجواب عنه أن ملك الموصى فيه باق ما لم يدفع به، وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصى، فإذا دفع زال ملكه، فيبطل الوصية. (ك)

(٤) الموصى.

(٥) الملك.

(٦) أى بالدفع. (ع)

(٧) أى بسبب الدين. (ع)

(٨) أى فى مال الورثة.

(٩) أى كانوا متبرعين فيما فدوا به. (ع)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١١) فلنا ثلث ما بقى من التركة بعد العتق.

(١٢) فنفاذ العتق مقدم على وصيتك.

(١٣) بثلث المال.

(١٤) أى على قيمة العبد.

(١٥) فللموصى له الفاضل.

ولهذا ينفذ[١] من جميع المال، والوارث ينكره؛ لأن مدعاه العتق فى المرض، وهو وصية، والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال[٢]، فكان منكرا[٣]، والقول قول المنكر مع اليمين[٤]، ولأن العتق حادث، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات[٥] للتيقن بها، فكان الظاهر شاهداً للوارث، فيكون القول قوله مع اليمين.

إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد؛ لأنه لا مزاحم له فيه[٦]، أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة[٧]؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، وهو خصم[٨] فى إقامتها لإثبات حقه.

قال[٩]: ومن ترك عبداً، فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصحة، وقال رجل: لي على أبيك ألف درهم، فقال[١٠]: صدقتما، فإن العبد يَسعى فى قيمته عند أبي حنيفة.

وقالا: يعتق ولا يسعى فى شيء؛ لأن الدين، والعتق فى الصحة ظهرا[١١] معًا بتصديق الوارث فى كلام واحد[١٢]، فصارا[١٣] كأنهما كانا معًا، والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية[١٤] وإن[١٥] كان على المعتق دين.

---

(١) أى العتق فى الصحة.

(٢) لقوته؛ لأنه لا يتحمل الرد والنقض. (غن)

(٣) ففرضه أن لا شيء للموصى له. (غن)

(٤) قوله: "والقول قول إلخ" فإذا كان القول قول الورثة، كان الثلث مستحقًا بالعتق، فإن فضل شيء منه إلى تمام الثلث، فهو للموصى له، وإن لم يفضل، فلا شيء للموصى له. (غن)

(٥) قوله: "والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات" إذا جهل التاريخ، وأقرب الأوقات حال المرض، فيضاف العتق الحادث إليه لتيقن الأقرب ما لم يتبين أنه من قبل. (غن)

(٦) أى فى الفاضل.

(٧) قوله: "أن العتق فى الصحة" أى لم يكن وصية، فحينئذ ثلث المال للموصى له. (غن)

(٨) قوله: "وهو خصم إلخ" جواب عن إشكال على قول أبي حنيفة، فإن العتق عنده حق العبد، فلا بد من الخصومة والدعوى حتى يقبل البينة، ولم يوجد الدعوى من العبد، فينبغي أن لا تقبل البينة على العتق، والجواب عنه أن البينة إنما وجدت من الخصم، فإن الموصى له بهذه البينة يثبت لنفسه حقاً، فيكون خصماً، والبينة مقبولة من الخصم. (ك)

(٩) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١٠) الوارث.

(١١) فاستويا. (غن)

(١٢) أى قول الوارث: صدقتما. (م)

(١٣) أى العتق فى الصحة والدين.

(١٤) قوله: "لا يوجب السعاية إلخ" لأن من أعتق عبداً فى صحته، ثم مات، وعليه دين لم يسع العبد له فى شيء،

وله أن الإقرار[1] بالدين أقوى؛ لأنه يعتبر من جميع المال، والإقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فقضيته[2] أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان، فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية.

ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع له من الإسناد، فيسند إلى حالة الصحة[3]، ولا يمكن إسناد العتق[4] إلى تلك الحالة[5]؛ لأن الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانًا، فتجب السعاية.

وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل، وترك ألف درهم، فقال رجل: لى على الميت ألف درهم دين، وقال الآخر: كان لى عنده ألف درهم وديعة[6]، فعنده[7] الوديعة أقوى[8]، وعندهما[9] هما سواء[10].

فهذا مثله، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين فى حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرًا عن الآخر، فيمنع المتقدم المتأخر، وههنا لما حصلا معًا بتصديق واحد يجعل كان الأمرين كانا ثبتا بالبينة، فيثبتان معًا كذلك. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

(١) قوله: "وله أن إلخ" أى لأبى حنيفة وجهان: أحدهما: أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، فدفع الأقوى الأضعف، والدليل على ذلك أن إقرار الدين يصح من رأس المال، لا من الثلث فحسب، وإنه لا يعتبر وصية من المريض، والإقرار بالعتق من المريض يصح من الثلث لا غير، وإسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يكن المانع من الإسناد، وقد وجد المانع، وهو شغل الدين، فإنه منع الإسناد إلى حال الصحة، فاقتصر العتق إلى حالة المرض، فعلى هذا كان ينبغى أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ، فيفسخ من حيث المعنى بإيجاب السعاية على العبد، ويقضى به الدين، ولا يفسخ من حيث الصورة، ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع من إسناد الدين إلى حالة الصحة؛ لأن الإقرار يصح من رأس المال من الصحيح والمريض جميعًا، وإسناد العتق إلى حالة الصحة لا يمكن؛ لأن الدين يمنع أن يقع العتق مجانا، فلا جرم وجبت السعاية عليه، وإقرار الوارث بمنزلة إقرار المريض، ولو أن المريض أقر فى مرضه أنه أعتق هذا العبد فى صحته، وأقر بدين كان الدين أولى، فكذا إذا أقر الوارث. (غن)

(٢) الدفع.

(٣) قوله: "فيسند إلخ" فلذلك يثبت الدين من كل وجه، ويثبت العتق من حيث الصورة، لا من حيث المعنى، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت، ولو قال العبد لمولاه المريض: أعتقنى فى صحتك، وقال رجل آخر: لى عليك ألف درهم دين، فقال المريض: صدقتما، عتق العبد، ويسعى فى قيمته للغريم، كذلك ههنا. (ع)

(٤) قوله: "ولا يمكن إسناد إلخ" وهذا لأن العتق لم يظهر إلا ومعه الدين، وأنه يمنع ظهور العتق مجانًا فى المرض، وإسناد العتق إلى حالة الصحة يكون بعد ثبوته، فصار الدين مانعًا إسناد العتق إلى الصحة، فبقى العتق مقصورًا. (ك)

(٥) أى حالة الصحة.

(٦) فقال الوارث: صدقتما.

(٧) قوله: "فعنده إلخ" هذا من المسامحات، فإن الكبار القدماء ذكروا الخلاف على العكس، فالحاكم فى "مختصر الكافى"، والفقيه أبو الليث السمرقندى فى "كتاب مختلف الرواية"، والقدورى فى "كتاب التقريب"، وفخر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير"، والصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير"، والإمام نجم الدين أبو جعفر عمر النسفى فى "كتاب الحصر" وغيرهم قالوا: إن عندهما الوديعة أقوى، وعنده هما سواء، والتفصيل فى "غاية البيان". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

فصل[١]

قال[٢] : ومن أوصى[٣] بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض[٤] منها قدمها الموصى، أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ؛ لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه[٥] البداية بما هو الأهم.

فإن تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث ؛ لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم.

وذكر الطحاوى أنه يبتدئ بالزكاة، ويقدمها على الحج، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وفي رواية عنه أنه يقدم الحج[٦]، وهو قول محمد[٧] وجه الأولى أنهما[٨] وإن[٩] استويا في الفرضية، فالزكاة تعلق بها حق العباد[١٠]، فكان أولى.

---

(٨) قوله: "أقوى" فإن صاحب الدين يدعى حقًا في الذمة انتقل إلى العين، وصاحب الوديعة يدعى العين، فإذا قال: صدقتما، فقد سبق حق صاحب الوديعة إلى العين قبل ثبوت حق صاحب الدين فيه، فكان أولى به. (غن)

(٩) فالألف بينهما نصفان. (غن)

(١٠) قوله: "هما [وديعة ودين] سواء" فإن صاحب الدين لما ادعى الدين، فقد ادعى حقًا في الذمة منقولا إلى العين، وصار مدعيا للعين، وصاحب الوديعة يدعى العين أيضًا، فإذا كان كذلك، فكل واحد منهما يدعى العين، وصدقهما الوارث فيه، فصارا مستويين في الحق في ذلك العين، فكان بينهما. (غن)

(١) قوله: "فصل" قيل: قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوته؛ لأن العتق لا يلحقه الفسخ. (غن)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "ومن أوصى إلخ" اعلم أن من مات وعليه حق الله تعالى من صلاة، أو صيام، أو زكاة، أو حج، أو كفارة، أو نذر، أو صدقة فطر، فإما أن يوصي بها، أو لا، فإن كان الثاني لم يؤخذ من تركته، ويخير الورثة على إخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا. (ع)

(٤) قوله: "قدمت الفرائض إلخ" الوصايا لا تخلو إما أن يكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد، وما كان لله تعالى، فلا يخلو إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو كله واجبات كالكفارات والنذر وصدقة الفطر، أو كله تطوعا كالوصية بحج التطوع، والصدقة على الفقراء وما أشبهها، فإن جمع بين هذه الوصايا كلها، فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى به، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل ذلك إن أجازت الورثة الوصية، فكذلك وإن لم تجز الورثة، فإنه ينظر إن كان كلها فرائض، فإنه يبدأ بما بدأ به الميت، وإن كان بعضها فرائض، وبعضها واجبات، وبعضها تطوعات، فإنه يبدأ بالفرائض، أو لا، وإن أخرها، ثم بالواجبات، ثم بالتطوع. (ك)

(٥) الموصى.

(٦) على الزكاة.

(٧) قوله: "وهو قول محمد" لعل المصنف وجد رواية، وإلا فالقدوري في "شرح مختصر الكرخي"، وشمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي"، وشمس الأئمة البيهقي في "الكفاية"، وصاحب "التحفة"، والشيخ أبو نصر في "شرح الأقطع" جعلوا قول محمد تقديم الزكاة على الحج، كذا في "غاية البيان". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٨) الزكاة والحج.

وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس، والزكاة[١] بالمال قصراً عليه، فكان الحج أقوى، ثم تقدم الزكاة والحج على الكفّارات لمزيتهما عليها في القوة؛ إذ قد جاء فيهما من الوعيد[٢] ما لم يأتِ في الكفارة*، والكفارة في القتل[٣] والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر؛ لأنه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر[٤]، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها، والاختلاف في الأضحية[٥]، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض[٦].

قال: وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي[٧]؛ لما بينا[٨]، وصار كما إذا صرح بذلك[٩]، قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا[١٠] ما كان لله تعالى، وما

---

(٩) الواو وصلية.

(١٠) فإن الفقير حقه في القبض ثابت، فكان ممتزجاً بحقين.

(١) تقام.

(٢) قوله: "من الوعيد إلخ" كقوله تعالى: ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾، وقال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ومن كفر فإن الله غني عن العالمين﴾ أي من لم يحج، وروى عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «من مات ولم يحج فيمت يهودياً أو نصرانياً». (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٨، والدراية ج٢ ص٢٩١ تحت الحديث١٠٥٩. (نعيم)

(٣) خطأ.

(٤) فإن وجوبها بالسنة.

(٥) فإنها واجبة على قول أبي حنيفة؛ وسنة على قولهما والشافعي.

(٦) قوله: "يقدم بعض إلخ" فمن ذلك أن صدقة الفطر مقدمة على النذر؛ لأن صدقة الفطر وجبت بإيجاب الله تعالى، فيقدم على الواجب بإيجاب العبد، والنذر والكفارات كلها مقدمة على الأضحية؛ لأن الأضحية اختلفوا في وجوبها، ولم يختلفوا في وجوب النذر، والأضحية مقدمة على النوافل، ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها؛ لأن كفارة القتل أقوى، ألا ترى أن الإسلام شرط في ذلك، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار؛ لأن كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه، فكانت كفارة اليمين أقوى. (ك)

(٧) قوله: "قدم منه إلخ" بأن أوصى بأن يحج عنه تطوعاً، أو أوصى بأن يعتق عنه نسمة تطوعاً، ولم يعينها، وأوصى بأن يتصدق عنه بمائة على الفقراء، لا بأعيانهم، فإنه يبدأ بما بدا به الميت، وإنما كان كذلك؛ لأن الموصى له في هذه الصورة واحد، وهو الله تعالى؛ لأن الوصية بالحج صحت، وكذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى، لا للعبد؛ لأن العبد إذا لم يكن بعينه كان مجهولاً، والوصية للمجهول لا تصح، فثبت أن الموصى له واحد، والمقصود واحد، وهو التقرب إلى الله تعالى. (ك)

(٨) إشارة إلى قوله: لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم.

(٩) قوله: "كما إذا صرح بذلك [أي بالتقديم. غن]" وهو أن يقول: ابدأوا بما بدأت، هذا هو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل، فالأفضل يبدأ بالصدقة، ثم بالحج، ثم بالعتق، سواء بدأ بالصدقة أم أخرها. (ك)

كان للعبد، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذى ذكرناه[١]، ويقسم على عدد القرب[٢]، ولا يجعل الجميع كوصية واحدة؛ لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى، فكل واحد فى نفسها مقصود، فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين[٣].

قال[٤]: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبًا؛ لأن الواجب[٥] لله تعالى الحج من بلده، ولهذا يعتبر[٦] فيه[٧] من المال ما يكفيه من بلده، والوصية لأداء ما هو الواجب عليه، وإنما قال: راكبًا؛ لأنه لا يلزمه[٨] أن يحج ماشيًا، فانصرف إليه على الوجه الذى وجب عليه، قال[٩]: فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ[١٠].

. وفى القياس لا يحج عنه؛ لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه؛ لأنا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية[١١]، فيجب تنفيذها ما أمكن، والممكن فيه ما ذكرناه[١٢]، وهو أولى من إبطالها[١٣] رأسًا، وقد فرقنا[١٤] بين هذا،

---

(١٠) قوله: "يقسم إلخ" أى إذا مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى حق الآدمي، فالموصى له يضرب مع الوصايا فى القرب. (غن)

(١) آنفًا.

(٢) قوله: "ويقسم على إلخ" فيجعل كل جهة من جهات القربة مفردة، ولا يجعل جهة واحدة نحو أن يقول: ثلث مالي فى الحج، والزكاة، والكفارات، ولزيد يقسم على أربعة أسهم؛ لأن كل جهة من هذه غير أخرى، والمقصود وإن كان متحداً، وهو القرابة، ولكن تعتبر الجهة المسماة؛ لأن الجهة هى المنصوص عليها، وهو كما إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل، يصرف لكل جهة سهم وإن كان المقصود من الجميع القربة. (ك)

(٣) قوله: "كما ينفرد وصايا إلخ" فإن الجميع منها، وإن كان المقصود به القربة إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل، لكن يجعل لكل واحد سهم على حدة، فكذا هذا. (ع)

(٤) أى القدوري فى "مختصره". (غن)

(٥) على الموصى.

(٦) لأنه يشترط من الزاد والراحلة ما يكفية من بلده.

(٧) أى فى وجوب الحج.

(٨) إنما وجب عليه إذا قدر على الراحلة. (غن)

(٩) أى القدورى فى "مختصره".

(١٠) الوصية.

(١١) للثواب.

(١٢) أى من حيث تبلغ النفقة.

(١٣) الوصية.

وبين الوصية بالعتق من قبل.

قال[١]: ومن خرج من بلده حاجًا[٢]، فمات في الطريق، وأوصى أن يحج عنه[٣] يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة، وهو قول زفر.

وقال أبو يوسف ومحمد[٤]: يحج عنه من حيث[٥] بلغ استحسانًا، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق.

لهما أن السفر[٦] بنية الحج وقع قربة، وسقط فرض قطع المسافة بقدره[٧]، وقد وقع أجره على الله، فيبتدأ من ذلك المكان[٨] كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة[٩]؛ لأنه لم يقع قربةً، فيحج عنه من بلده.

وله أن الوصيّة تنصرف إلى الحج[١٠] من بلده على ما قررناه[١١] أداءً للواجب

---

(١٤) قوله: "وقد فرقنا بين هذا إلخ" والفرق وقع على قول أبي حنيفة، وهو ما ذكر قبل هذا الفصل في قوله: وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة، وتنفيذها في من يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له إلى آخره. (ك)

(١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٢) قيد بقوله: حاجًا؛ لأنه لو خرج للتجارة، فإنه يحج عنه من بلده بالاتفاق.

(٣) قياسًا.

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" قيل: هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فأما إذا لم يكن له وطن، فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق. (ع)

(٥) أي من مكان بلغ فيه، ومات هناك.

(٦) قوله: "لهما أن السفر إلخ" مدفوع بقوله عليه السلام: كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا بثلاثة، فإن الخروج ليس منه، ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين، ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق، ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في "الأسرار"، فما جواب أبي حنيفة عن ذلك، فهو جوابنا عن الحج، وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر بدليل أن الأول لو بدا له في أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى في بعض الطريق، وفوض الأمر إلى غيره برضا الموصى لم يجز، ولزمه رد ما أنفقه، وأما الإطعام، فإنه يقبل التجزئ حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض، ثم ترك، وأمر به غيره، فإنه يجزيه، كذا في "الأسرار"، وهذا ليس بدافع؛ لأن الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع إلا أن يقال: التجزئ في الإطعام مستند إلى الكتاب، فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلا، والكتاب أقوى، وإن كان دلالة، فعمل به، والحج لم يكن فيه دليل أقوى. (ع)

(٧) أي بقدر سفره.

(٨) أي من مكان مات.

(٩) بيان لفائدة قيد حاجًا.

(١٠) قوله: "تنصرف إلخ" فإنه لما مات قبل إتمام العمل، صار خروجه بغير الحج، ولو أنه خرج لغير الحج كما إذا خرج تاجرا، فمات في بعض الطريق، يحج من منزله، فكذلك ههنا، وهذا لأن الخروج بعد الموت قبل أداء الحج انقطع، فالفسخ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا عن ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته»، والخروج للحج ليس من الثلاث. (غن)

(١١) قوله: "ما قررناه" أراد به قوله قبل هذا: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبًا؛

على الوجه الذى وجب، والله أعلم.

باب الوصيّة للأقارب و غيرهم[١]

قال[٢]: ومن أوصى لجيرانه[٣]، فهم الملاصقون[٤] عند أبي حنيفة، وقالا: هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى، ويجمعهم مسجد المحلة.

وهذا استحسان، وقوله: قياس؛ لأن الجار من المجاورة، وهى الملاصقة حقيقة، ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار، ولأنه لما تعذر صرفه[٥] إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق.

وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم[٦] يسمون جيرانًا عرفًا، وقد تأيد بقوله ﷺ*: «لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد»[٧]، وفسره بكل من سمع النداء[٨]، ولأن المقصد[٩] بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره، إلا أنه لا بد من الاختلاط، وذلك عند اتحاد المسجد[١٠].

وما قاله الشافعى: الجوار إلى أربعين دارًا[١١] بعيدٌ، وما يُروى فيه[١٢]

لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده إلخ. (ك)

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما كان هذا الباب مشتملا على الوصايا بالقوم المخصوصين، أخره ذكرًا عن الأبواب المقدمة لقلة فائدته؛ لأن ما تقدم لا يختص قومًا دون قوم، فكان لعموم فائدة تقديمه ذكرا أولى. (غاية البيان)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "ومن أوصى لجيرانه إلخ" كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظرًا إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال: الواو لا تدل على الترتيب. (عناية)

(٤) من داره (عن)، قربت الأبواب أو بعدت. (غن)

(٥) قوله: "لما تعذر صرفه إلخ" يعنى لعدم دخول جار المحلة، وجار القرية، وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق. (ع)

(٦) قوله: "أن هؤلاء [أى من يجمعهم المسجد] إلخ" يعنى أن الموصى قصد به من يخالطه ويقرب منه، وفى هذا المعنى يستوى الملاصق وغيره؛ لأن كل واحد ممن جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جارًا عرفًا، فوجب حمل الاسم عليه. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٢، والدراية ج٢ ص٢٩٣، الحديث١٠٦٠. (نعيم)

(٧) رواه الدارقطنى عن أبى هريرة. (ت)

(٨) قوله: "وفسره إلخ" [أى على رضى الله عنه. تاج الشريعة] روى البيهقى فى "المعرفة" عن على أنه قال: "لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد، قيل: ومن جار المسجد قال: من أسمعه المنادى". (ت)

(٩) أى مقصد الموصى من الوصية لهم.

(١٠) قوله: "عند اتحاد المسجد" قيل: حتى لو كان فى المحلة مسجدان صغيران متقاربان، فالجميع جيران. (ع)

(١١) من الجوانب الأربع.

ضعيف[١]*.

قالوا: ويستوى فيه[٢] الساكن والمالك، والذكور والأنثى، والمسلم والذمى[٣]؛ لأن اسم الجار يتناولهم، ويدخل فيه[٤] العبد الساكن عنده[٥] لإطلاقه[٦]، ولا يدخل عندهما[٧]؛ لأن الوصية له وصية لمولاه، وهو[٨] غير ساكن.

قال[٩]: ومن أوصى لأصهاره، فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته؛ لما روى أن النبى عليه السلام لما تزوج صفية[١٠] أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكرامًا لها، وكانوا يُسمّون أصهار النبى عليه السلام[١١]**، وهذا التفسير[١٢]

---

(١٢) قوله: "وما يروى فيه إلخ" أخرج البيهقى عن عائشة عن النبى ﷺ قال: «أوصانى جبرئيل عليه السلام بالجار إلى أربعين دارًا عشرة من ههنا وعشرة من ههنا وعشرة من ههنا وعشرة من ههنا» انتهى، وقال: فى إسناده ضعف. (ت)

(١) قد طعن فى روايته.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٣، والدراية ج٢ ص٢٩٣ تحت الحديث ١٠٦٠. (نعيم)

(٢) الجار.

(٣) قوله: "والذمى" أقول: ينبغى على قول محمد: أن لا يدخل الذمى؛ لأن المسجد لا يجمعه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان. (ع)

(٤) أى فى الجار.

(٥) الإمام.

(٦) قوله: "لإطلاقه [الجار]" أى لإطلاق اسم الجار على المملوك وغيره. (غن)

(٧) قوله: "ولا يدخل عندهما إلخ" وفى "الزيادات" و "المحيط": ولا يدخل فيه العبيد، والإماء، والمدبرون، وأمهات الأولاد؛ لأنهم لا جوار لهم؛ لأنهم أتباع فى السكنى من غير ذكر خلاف، والأرملة تدخل؛ لأن سكناها مضاف إليها، والتى هى ذات بعل لا تدخل؛ لأن سكناها غير مضاف إليها، فلم تكن جارًا حقيقة. (ك)

(٨) المولى.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "لما تزوج صفية إلخ" هذا من مسامحات صاحب "الهداية"، والصواب جويرية، وكان اسمها برة، فسماها عليه السلام جويرية؛ لأنه يكره أن يقال: خرج من بيت برة، وقصتها إن جويرة بنت الحارث من بنى المصطلق وقعت فى سهم ثابت بن قيس، فكاتبها على ما لا طاقة لها به، فأدى رسول الله ﷺ لما جاءت سائلة فى كتابتها، وتزوجها فتسامع الناس أنه ﷺ قد تزوج جويرية، فأرسلوا ما بأيديهم يعنى من السبى، فأعتقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله، قالت عائشة: فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها من جويرية أعتق فى سببها مائة أهل بيت من بنى المصطلق، كذا رواه أبو داود فى "سننه" عن عائشة وغيره. (مولانا محمد عبد الحليم نوره الله مرقده)

(١١) قوله: "وكانوا يُسمّون إلخ" قال فى "الصحاح": الأصهار أهل بيت المرأة، وقال فى "مجمل اللغة": قال الخليل: لا يقال: لأهل بيت المرأة إلا الأصهار، وقال فخر الإسلام البزدوى فى "شرح الزيادات": أما الصهر فقد يطلق على الختن، لكن الغالب ما ذكره محمد. (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٤، والدراية ج٢ ص٢٩٤، الحديث ١٠٦١. (نعيم)

اختيار محمد وأبي عبيدة.

وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كل ذي رحم محرم منه؛ لأن الكل أصهار.

ولو مات الموصي[١] والمرأة في نكاحه، أو في عدته من طلاق رجعي، فالصهر يستحق الوصية، وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها[٢]؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح، وهو شرط عند الموت.

قال[٣]: ومن أوصى لأختانه، فالوصية[٤] لزوج كل ذات رحم محرم منه[٥]، وكذا محارم الأزواج؛ لأن الكل يسمى ختناً.

قيل: هذا في عرفهم[٦]، وفي عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم[٧]، ويستوي فيه الحر والعبد، والأقرب والأبعد؛ لأن اللفظ يتناول الكل.

قال[٨]: ومن أوصى لأقاربه[٩]، فهي للأقرب، فالأقرب[١٠] من كل ذي رحم

---

(١٢) قوله: "وهذا التفسير إلخ" إنما قيد بهذا التفسير؛ لأن الصهر يجيء في اللغة بمعنى الختن أيضاً، وقول محمد حجة في اللغة المستشهد بقوله: أبو عبيد القاسم بن سلام -بتشديد اللام- في "غريب الحديث". (غن)

(١) قوله: "ولو مات الموصي إلخ" قال فخر الإسلام: ومن شرط بقاء هذا الاسم أن يموت الموصي، وهن نساءه، أو في عدة منه من طلاق رجعي، فأما بعد البينونة، فينقطع المصاهرة، وإنما يعتبر يوم الموت يعني أن المرأة إذا كانت معتدة منه من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر، وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونها لانقطاع المصاهرة بالإبانة، وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة. (غن)

(٢) مهر، الوصية يعني وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض. (ع)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "فالوصية لزوج إلخ" يعني أن الأختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والخالة، وعلى غيرها، وعلى محارم الأزواج، فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى، ومحارم الأزواج كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء. (ع)

(٥) قوله: "كل ذات إلخ" كل امرأة ذات رحم محرم للموصي، فزوجها من أختانه، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر، أو أنثى، فهو أيضاً من أختانه، وقال محمد في "إملاءه": إذا قال: قد أوصيت لأختاني بثلث مالي، فأختانه أزواج كل ذات رحم محرم منه، وكل ذي رحم محرم من الزوج، فهؤلاء أختانه، فإن كانت له بنت، وبنت أخت، وخالة، ولكل واحد منهن زوج، ولزوج كل واحدة منهن أرحام، فكلهم جميعاً أختانه. (مختصر كرخي)

(٦) أهل الكوفة.

(٧) لا محارم الأزواج.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٩) قوله: "ومن أوصى إلخ" حاصله أن عند أبي حنيفة في هذه المسألة ستة أشياء: أحدهما: أن يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم من الموصي، والثاني: أن ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والأمهات، والثالث: يجب أن يكون ممن لا يرثه، والرابع: أن يقدم الأقرب فالأقرب، والخامس: أن يكون المستحق اثنين فصاعداً، والسادس: أن لا يدخل فيه الوالد

محرم منه، ولا يدخل فيه الولدان والولد[١]، ويكون ذلك للاثنين[٢] فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: الوصية لكل من ينسب[٣] إلى أقصى أبٍ له في الإسلام، وهو أول أب أسلم، أو أول أبٍ أدرك الإسلام، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ.

وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب[٤]، فإنه أدرك الإسلام، ولم يسلم.

لهما أن القريب مشتق من القرابة، فيكون[٥] اسمًا لمن قامت به، فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف[٦].

وله أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر[٧] الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان، فكذا في الوصية، والمقصد من هذه الوصية[٨] تلافي ما فرط[٩] في إقامة واجب الصلة، وهو يختص بذي الرحم المحرم منه.

ولا يدخل فيه قرابة الولاد[١٠]، فإنهم لا يسمون أقرباء، ومن سمّى والده[١١]

والولد، ويدخل فيه الجد وولد الولد في ظاهر الرواية، روى الحسن عن أبي حنيفة وهلال عن أبي يوسف أنه لا يدخل. (ك)

(١٠) من جهة الأب أو الأم. (ع)

(١) ذكر أو أنثى. (غن)

(٢) والذكر والأنثى سواء.

(٣) قوله: "لكل من ينسب إلخ" أي لجميع أهل قرابته من قبل الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام من الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث الأقرب منهم، والأبعد والذكر والأنثى فيه سواء. (غن)

(٤) قوله: "تظهر في أولاد إلخ" يعني أن الموصي إذا كان علويا، فعلى القول الأول: أقصى الأب علي رضي الله عنه، فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر، وعلى القول الثاني: أقصى الأب أبو طالب؛ لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر. (ع)

(٥) القريب.

(٦) أي غير ذوي المحارم، وهي ذو الرحم غير المحرم والرحم الأبعد. (غن)

(٧) كما في العصبات وذوي الأرحام. (غن)

(٨) قوله: "والمقصد من إلخ" وإنما اعتبر أبو حنيفةرح كل ذي رحم محرم؛ لأن الله تعالى أمر بصلة الرحم، ونهى عن قطعية الرحم، وألحق الوعيد الشديد لمن سعى في قطعيته، وهو قوله تعالى: ﴿إن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله﴾، فإذا كان مأمورا بصلة الرحم، فالظاهر أنه قصد بالوصية صلة الرحم، فانصرفت الوصية إلى من وجب عليه صلتهم، وإنما يجب عليه صلة الرحم المحرم، ولا يجب عليه صلة غيرهم، ألا ترى أنه لا يجب نفقتهم إذا كانوا معسرين، ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم، قلت: إن الوصية انصرفت إليهم. (غن)

(٩) أي قصر.

(١٠) قوله: "ولا يدخل فيه إلخ" قال محمد: قال الله تعالى: ﴿الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقًا على

قريبًا كان[1] منه عقوقًا، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره، وتقرب الوالد، والولد بنفسه لا بغيره، ولا معتبر بظاهر اللفظ[2] بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعنده يقيد بما ذكرناه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام[3]، وعند الشافعي بالأب الأدنى.

قال[4]: وإذا أوصى لأقاربه، وله عمان وخالان، فالوصية لعمّيه عنده اعتبارًا للأقرب كما في الإرث، وعندهما بينهم[5] أرباعًا؛ إذ هما لا يعتبران الأقرب.

ولو ترك عمًا وخالين[6]، فللعم نصف الوصية، والنصف للخالين[7]؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع[8]، وهو الاثنان في الوصية، كما في الميراث.

المتقين﴾، فأخرج الوالدين من القرابة، فكما يخرج الوالدان بين القرابة، فكذلك يخرج الولد من قرابة الوالد، فلا يسمى قريبًا. (غن)

(١١) قوله: "سمّى إلخ" فإذا لم يكن الوالد قريبًا لا يكون الولد قريبًا أيضًا؛ لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه. (غن)

(١) أي هذه التسمية.

(٢) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب إشكال على قولهما: وهو أن يقال: إنهم تساووا في سبب الاستحقاق، وهو اسم القرابة، فوجب التساوي في الاستحقاق أصله إذا أوصى لبني فلان، فأجاب أنه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعند أبي حنيفة يقيد بالأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي بالأب الأدنى أي يدخل من قرابة الموصي من قبل أبيه وأمه من يجمعه إلى أدنى أب منسوب إليه، ولا يدخل ما وراء الأدنى من قرابته عنده. (ك)

(٣) قوله: "وعندهما بأقصى إلخ" وفي "المبسوط" كان هذا في زمن محمد؛ لأن في زمنه ما كان في أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له كثرة، وأما في زماننا ففيهم كثرة، ولا يمكن إحصاءهم، فتصرف الوصية إلى أولاد ابنه وجده، وجد أبيه وأولاد أمه وجدته وجدة أمه، ولا يصرف إلى أكثر من ذلك. (ك)

(٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٥) عمين وخالين.

(٦) في قولهما: الثلث بينهم أثلاثًا. (ع)

(٧) قوله: "والنصف للخالين" لأن اللفظ جمع فلا بد من اعتبار الجمع فيه، وهو الاثنان في الوصية على ما عرف، فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعا، فيأخذ النصف؛ لأنه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليه. (زيلعي)

(٨) قوله: "لأنه لا بد إلخ" يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف، وكذا إذا انفرد كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر كان له النصف أيضًا، واعترض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل: إذا كان معه عم آخر كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر كان له النصف، فكان للقائل أن يقول: إذا كان عم واحد كان له الثلث؛ لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث، فكذا إذا لم يكن معه غيره، وعلى هذا يقال: يجب له الربع، أو الخمس عند انفراده قياسًا على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام، أو أربعة أعمام آخر، وأجيب بأن ذلك غير لازم؛ لأن اعتبار الجمع كلها ساقطة لتعذره، فتعين أدنى ما يستعمل فيه، وهو الاثنان لتيقنه، والعم الواحد نصف الاثنين،

بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته[1] حيث يكون للعم كل الوصية ؛ لأن اللفظ للفرد، فيُحرز الواحد كلها ؛ إذ هو الأقرب، ولو كان[2] له عم واحد، فله نصف الثلث[3] ؛ لما بيناه[4].

ولو ترك[5] عمًا وعمةً، وخالا وخالةً، فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما، وهى أقوى[6].

والعمة[7] وإن[8] لم تكن وارثة، فهى مستحقة للوصية، كما كان القريب رقيقا أو كافراً.

وكذا إذا أوصى لذوى قرابته، أو لأقرباءه، أو لأنسباءه[9] فى جميع ما ذكرنا[10] ؛ لأن كل ذلك لفظ جمع، ولو انعدم المحرم[11] بطلت الوصية ؛ لأنها مقيدة بهذا الوصف[12].

قال[13] : ومن أوصى لأهل فلان، فهى على زوجته عند أبى حنيفة، وقالا :

فيكون له نصف مالهما، فإذا أخذ العم النصف صار كان لم يكن، فيكون الباقى من الثلث للخالين. (عناية)

(١) وكان عم وخالان.

(٢) أى فيما إذا أوصى لأقاربه.

(٣) قوله: "فله نصف الثلث" ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه؛ لأن اللفظ جمع، وأدناه فى الوصية اثنان، فيكون لكل واحد منهما النصف، فلهذا يعطى له النصف، والنصف الآخر يرد إلى الورثة. (زيلعى)

(٤) إنه لا بد من اعتبار معنى الجمع.

(٥) فيما إذا أوصى لأقاربه.

(٦) من قرابة الخال والخالة. (ع)

(٧) قوله: "والعمة إلخ" جواب عما يقال: العمة لا تستحق العصوبة، فلم تكن قرابتها أقرب، ووجهه أنها مستحقة للوصية، ومساواتها للعم لا تستحق العصوبة، وعدم استحقاقها العصوبة بوصف قام بها، وهى الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها للعم فى استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق؛ أو الكافر لما أن حرمان الميراث بوصف قام بها، لا يضعف القرابة. (مل)

(٨) الواو وصلية.

(٩) أى أقرباءه، جمع النسيب كالأنصباء جمع النصيب. (غن)

(١٠) قوله: "فى جميع ما ذكرنا" يعنى يشترط فيه شرائط عند أبى حنيفة، وقد مر ذلك، وعندهما لا يشترط الرحم المحرم، ولا الأقرب فالأقرب. (ع)

(١١) قوله: "ولوانعدم المحرم إلخ" يعنى إن لم يكن للموصى ذو الرحم المحرم فى هذه المسائل، فالوصية باطلة عند أبى حنيفة؛ لأن عنده لذى الرحم المحرم، فإذا لم يكن للموصى ذو الرحم المحرم كانت الوصية للمعدوم، والوصية للمعدوم باطلة. (تاج الشريعة)

(١٢) قوله: "لأنها مقيدة بهذا الوصف" لأن غرضه الصلة لأقرباءه، وما كان بطريق الصلة يختص بذى الرحم المحرم كالنفقة. (ك)

يتناول كل من[1] يعولهم[2]، وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف، وهو مؤيد بالنص، قال الله تعالى[3]: ﴿وأتونى بأهلكم أجمعين﴾.

وله أن اسم الأهل حقيقة[4] فى الزوجة يشهد بذلك[5] قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾، ومنه قولهم: تأهّل[6] ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة.

ولو أوصى لآل فلان، فهو لأهل بيته؛ لأن الآل القبيلة[7] التى ينسب إليها، ولو أوصى لأهل بيت فلان، يدخل فيه أبوه وجده[8]؛ لأن الأب أصل البيت.

ولو أوصى لأهل نسبه، أو لجنسه، فالنسب عبارة عمن ينسب إليه، والنسب

---

(١٣) قوله: "قال [أى المصنف. عينى]" هذا لم يقع مناسبا؛ لأن عادة المصنف أن يذكر لفظ قال، إذا كان المسألة مسألة القدورى، أو الجامع الصغير، أو كانت مذكورة فى "البداية"، وهذه مع ما بعدها إلى قوله: ومن أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة، وكل هذه المسائل مذكورة فى "مختصر الكرخى". (عن)

(١) قوله: "يتناول [لكن لا يدخل تحت هذه الوصية مماليكه، وإن كان يضمهم بنفقته] كل من [من الأحرار. غن] إلخ" الزوجة واليتيم فى حجره، والولد إذا كان يعوله، وأما إذا كان كبيراً، وقد اعتزل عنه، أو كانت بنتا قد تزوجت، فليس من أهله إنما أهله ممن ضمتهم نفقة، وهى فى عياله إلا أن المماليك لا يدخلون؛ لأنهم خدام الأهل تبع لهم، ولا يقال: للمماليك أهل المولى أيضاً، ولو كان له أهل ببلدتين دخلوا جميعاً. (غن)

(٢) عول: نفقة دادن عيال را. (م)

(٣) قوله: "قال الله تعالى" أى فى قصة يوسف ﴿وأتونى بأهلكم أجمعين﴾، ولم يرد الزوجة خاصة، فيحمل على الكل. (غاية البيان)

(٤) فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها. (ع)

(٥) قوله: "يشهد بذلك إلخ" فيه نظر؛ لأنه لم يرد فى الآية الزوجة خاصة؛ لأنه تعالى قال: ﴿فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً﴾ ﴿قال لأهله امكثوا﴾، ألا ترى أنه خاطبهم بخطاب الجمع، والآية فى سورة القصص، وكذلك خطبه فى سورة طه، فقال: ﴿هل أتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا﴾ الآية، والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقربائه وأقاربها ممن يضمهم نفقته على أن الحقائق لا يستدل عليها؛ لأن طريق معرفتها السماع، كما عرف فى الأصول، وإنما استشهد بالآية تبرعاً، فإن ثبت أن ما فى الآية ليس على معنى الحقيقة، فلا ينافى مطلوبه، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

(٦) أى تزوج. (غن)

(٧) قوله: "لأن الآل القبيلة إلخ" فيدخل فيه كل من ينسب إليه من أبيه إلى أقصى أب له فى الإسلام الأقرب والأبعد، والذكر والأنثى، والمسلم والذمى، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أمه؛ لأنهم لا ينسبون إلى أمهم، وإنما ينسبون إلى آبائهم، فكانوا من جنس آخر من أهل بيت آخر؛ لأن البيت يعتبر من الآباء. (زيلعى)

(٨) قوله: "يدخل فيه إلخ" قال شمس الأئمة السرخسى فى "شرح الكافى": إذا أوصى لأهل بيته، فإن كان الموصى من أولاد العباس، فكل من كانت نسبته إلى العباس من قبل الأب دخل فيه، سواء كان ذكرا أو أنثى بعد أن يكونوا منسوبين إليه من قبل الآباء، ومن كانت نسبته من قبل الأم لا يدخل فيه؛ لأنه لا يسمى من أهل بيته، وإنما يسمى من أهل بيت آخرين، وكذا الوصية لجنس فلان، أو لمحتاجى جنسه؛ لأن الجنس وأهل البيت سواء، قال فخر الإسلام فى "شرح الزيادات": وكذلك المرأة توصى بجنسها، وأهل بيتها لم يدخل فيه ولدها إلا أن يكونوا من بنى أعمامها. (غن)

يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه[١]، بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الأم والأب.

ولو أوصى لأيتام بني فلان[٢]، أو لعميانهم، أو لزمناهم، أو لأراملهم[٣] إن كانوا قومًا يحصون[٤]، دخل في الوصية فقراءهم[٥] وأغنياءهم، ذكورهم وإناثهم؛ لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم.

والوصية تمليك وإن كانوا لا يحصون، فالوصية في الفقراء منهم؛ لأن المقصود من الوصية القربة، وهي في سد الخلة[٦]، وردّ الجوعة، وهذه الأسامي تشعر بتحقق الحاجة[٧]، فجاز حمله على الفقراء.

بخلاف ما إذا أوصى لشبّان بني فلان[٨] وهم لا يحصون، أو لأيامى بني فلان[٩] وهم لا يُحصون[١٠] حيث تبطل الوصية؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن

---

(١) قوله: "لأن الإنسان يتجنس بأبيه" لأن الجنس عبارة عن النسب، والنسب إلى الآباء، ألا ترى أن إبراهيم ابن النبي ﷺ كان هاشميا وإن كان ولد من مارية، وكذلك الخلفاء ولدوا من الإماء جميعًا، إلا ما شذ، وكانوا عباسيين صالحين للخلافة. (غن)

(٢) قوله: "لأيتام إلخ" اليتيم اسم لصغير مات أبوه لقول النبي عليه السلام: «لا يتم بعد الحلم»، ولأن اليتيم عبارة عن الانفراد، يقال: درة يتيمة أي لا نظير لها منفردة، فمن انفرد عمن يربيه في حال حاجته إلى التربية كان يتيما، وبعد البلوغ قد استغنى عمن يربيه لقدرته على القيام بمصالح فيه، فلا يسمى يتيما. (ك)

(٣) قوله: "أو لأراملهم" في "التهذيب": يقال: للفقير الذي لا يقدر على شيء من رجل، أو امرأة أرمل، ولا يقال للتي لا زوج لها وهي موسرة: أرملة، وقال الشعبي: الأنوثة ليست بشرط، بل يدخل فيه الذكر والأنثى إلا أن الصحيح ما فسره محمد أن الأرملة هي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقها، أو مات عنها، دخل معها، أو لم يدخل، وقوله: حجة في اللغة، وقال بعضهم: الأرملة التي لا زوج لها، ولا يشترط أنه كان لها زوج. (ك)

(٤) قوله: "إن كانوا قومًا يحصون إلخ" تفسيره عند أبي يوسف أن يحصوا بغير كتاب وحساب، وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون، وقال بعضهم: مفوض إلى رأي القاضي، وعليه الفتوى، والأيسر ما قاله محمد، كذا في "فتاوى قاضي خان". (ك)

(٥) فالثلث بينهم بالسوية. (عن)

(٦) حاجت. (م)

(٧) قوله: "تشعر بتحقق إلخ" أما اليتيم والعمى والزمانة فظاهر، وكذا الأرامل؛ لأنها جمع أرملة، وهي المرأة التي مات زوجها، أو فارقها وهي فقيرة. (ك)

(٨) قوله: "لشبان [جمع شاب. م] إلخ" في "الكفاية" ناقلا عن "الإيضاح" أن الشبان من خمسة عشر إلى خمسين سنة، والكهل من ثلاثين سنة إلى آخر عمره، والشيخ ما زاد على خمسين، وفي "العناية" قال محمد: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين، فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب يكون شيخا. (مل)

(٩) قوله: "أو لأيامى" الأيم التي لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيبًا، ورجل أيم أيضًا، والفقر فيه ليس بلازم، فلذلك صار اسم الأيامى بمنزلة اسم الشبان في أنه لا ينبئ عن الحاجة، وفي "الجامع الكبير": والأيم اسم لكل امرأة جومعت

الحاجة، فلا يمكن صرفه إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكًا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة، وتعذرِ الصرف إليهم.

وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارًا لمعنى الجمع، وأقلّه اثنان فى الوصايا على ما مر[١].

ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيه الإناث[٢] فى قول أبى حنيفة أولُ قوله، وهو قولهما؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع، وقال: يتناول الذكور خاصة؛ لأن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوز، والكلام لحقيقته.

بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسمَ قبيلةٍ، أو فخذٍ[٣] حيث يتناول الذكور والإناث[٤]؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم؛ إذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم، ولهذا يدخل فيه[٥] مولى العتاقة والموالاتِ وحلفاءهم.

قال[٦]: ومن أوصى لولد فلان، فالوصية بينهم، والذكور والأنثى فيه

بنكاح جائز، أو فاسد، أو لعجوز لا زوج لها، غنية كانت أو فقيرة، صغيرة كانت أو بالغة، كذا فسره محمد، وقيل: إن الأنوثة ليست بشرط، والجماع ليس بشرط، والصحيح ما فسره محمد، كما ذكرنا. (ك)

(١٠) قوله: "وهم لا يحصون إلخ" فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون، كان الحكم كما تقدم فى دخول الغنى والفقير، هل يدخل الذكر والأنثى فى الأيامى دخوله فى الأرامل أم لا؟ قال الكرخى: يدخل؛ لأن الأيم هى التى لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيبًا، ويقال: رجل أيم أيضًا، وقال محمد: الأيم هى البنت خاصة، وقول المصنف: محتمل، والظاهر دخوله؛ لأنه ترك اعتمادا على ما ذكره فى الأرامل. (ع)

(١) عن قريب فى هذا الباب.

(٢) قوله: "يدخل [الذكر والأنثى فيه سواء. غن] فيه إلخ" وإنما يدخل الإناث تحت هذه الوصية فيما إذا اختلط الذكور والإناث، وأما إذا انفرد الإناث، فلا شيء لهن بالاتفاق. (ك)

(٣) قوله: "أو فخذ [فخذ گروه برادران وتبار مرد كه كم از بطن باشد. غن]" الفخذ من العشائر أقل من البطن، وبيانه فيما قال صاحب "الكشاف": الشعب الطبقة الأولى من الطبقات الست التى عليها العرب، وهى الشعب، والقبيلة، والعمارة، والبطن، والفخذ، والفصيلة، فالشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمارة، والعمارة تجمع البطون، والبطن تجمع الأفخاذ، والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب، كنانة قبيلة، قريش عمارة، وقصى بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، وسميت الشعوب؛ لأن القبائل تشعب منها. (غن)

(٤) قوله: "حيث يتناول إلخ" هذا إذا كانوا يحصون، أما إذا كانوا لا يحصون، فالوصية باطلة، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "ولهذا يدخل فيه إلخ" ذكر فى "الجامع الكبير" شمس الأئمة: وإن كان فى بنى فلان موالى عتاقة، وموالى أسلموا على أيديهم، ووالوهم وفقراء موالى موالٍ وحليف لهم وعديدهم يدخلون جميعًا فى الوصية يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم، والحليف اسم من يأتى قبيلة، فيحلف لهم ويحلفون لهم على التناصر، والعديد من يعد نفسه منهم، وهم عدوا ذلك له من غير حلف، وإنما دخل الكل، لكن الإيجاب ههنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة، وهم فى هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الأسباب. (كفاية)

(٦) أى القدورى فى "مختصره".

سواء[١] ؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل[٢] انتظامًا واحدًا[٣] .

ومن أوصى لورثة فلان[٤] ، فالوصية[٥] بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأنه لما نصّ على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل ، كما فى الميراث .

ومن أوصى[٦] لمواليه[٧] ، وله موالٍ أعتقهم ، وموالٍ أعتقوه ، فالوصية باطلة[٨] .

وقال الشافعي فى بعض كتبه : إن الوصيّة لهم جميعًا ، وذكر فى موضع آخر أنه يوقف حتى تصالحوا[٩] .

---

(١) قوله: "سواء" أى فى القسمة والاستحقاق حتى لو كانوا ذكورا أو إناثًا يقسم بينهم بالسوية، ولو كان الكل إناثًا دخلن تحت الوصية؛ لأن الوصية حصلت باسم الولد، واسم الولد يطلق على الإناث حالة الانفراد، كما يطلق على الذكور، ثم فى مسألتنا إن لم يكن لفلان إلا ولد واحد، كان الثلث كله له، بخلاف ما لو أوصى لأولاد فلان، وله ولد واحد، فإنه يستحق النصف، ووجه الفرق بينهما أن الأولاد جمع، وأقل الجمع فى باب الوصية والميراث اثنان، فكان للواحد النصف، كما لو أوصى لأقربائه، ولو عم واحد كان له النصف، وأما الولد، فليس باسم جمع، وإنما هو اسم جنس، ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما يطلق عليه الاسم، كما لو حلف لا يشرب الماء، ولا يتزوج النساء حيث يحنث بشرب قطرة، ونكاح واحدة، وإذا أوصى لأولاد فلان، وليس لفلان أولاد صلبية، يدخل فى الوصية أولاد البنين، وهل يدخل أولاد البنات فيه روايتان. (كفاية)

(٢) أى كل واحد من الذكر والأنثى. (غن)

(٣) أى بطريق الحقيقة. (ع)

(٤) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) قوله: "فالوصية بينهم للذكر إلخ" هذا إذا مات الموصى لورثته، ثم مات الموصى، أما إذا مات الموصى قبل أن يموت الموصى لورثته، فالوصية باطلة. (ك)

(٦) هذه من مسائل "الجامع الكبير" ذكرها تفريعًا على مسألة القدورى. (غن)

(٧) أى لموالى نفسه.

(٨) قوله: "فالوصية باطلة [حتى يبين لأى الفريقين أوصى، ولو مات قبل البيان لا ينفذ وصيته. عن]" وقال الشافعي: مبناه على جواز عموم المشترك، وعدم جوازه، والشافعي يجوز ذلك، فأجاز هذا، وأصحابنا ما جوزوه، فكذلك ههنا، فإن قيل: سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف، فلم قال: الوصية باطلة، أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان، والتوقف فى مثله لا يفيد، فإن قيل: الترجيح من جهة أخرى ممكن، وهو أن يصرف الوصية إلى المولى الذى أعتقه؛ لأن شكر المنعم واجب، وأما فضل الإنعام فى حق المنعم عليه، فمندوب، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب، كما هو المروى عن أبى يوسف لهذا المعنى، أجيب بأنها معارضته بجهة أخرى، وهو أن العرف جار بوصيته ثلث المال للفقراء، والغالب فى المولى الأسفل الفقر، وفى الأعلى الغناء، والمعروف كالمشروط شرعًا. (ع)

(٩) قوله: "حتى تصالحوا" أى حتى يصطلحوا على أن الثلث بينهما، فإذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية، وكان الثلث بين الفريقين، فإن بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة؛ إذ لا يدرى من المستحق للثلث، فقد زالت الجهالة بالاصطلاح؛ لأن بعضه يصل إلى المستحق، وبعضه إلى غير المستحق برضاء المستحق، فيصح الوصية، وجوابه أن الإيصاء ابتداء تمليك من المجهول، فيلغو، فلا يصير ملكا لأحد الفريقين، فيبقى الملك على ملك الموصى، وانتقل بموته إلى ورثته، فلا يكون للموالى عليه سبيل وإن اصطلحوا. (غن)

له أن الاسم يتناولهم؛ لأن كلا منهم يسمى مولى، فصار كالإخوة[١].

ولنا أن الجهة مختلفة[٢]؛ لأن أحدهما[٣] يسمى مولى النعمة، والآخر[٤] منعم عليه، فصار[٥] مشتركًا[٦]، فلا ينتظمهما[٧] لفظ واحدٌ في موضع الإثبات[٨]، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان، حيث يتناول الأعلى[٩] والأسفل[١٠]؛ لأنه مقام النفى[١١]، ولا تنافى فيه.

ويدخل فى هذه الوصية[١٢] من أعتقه فى الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت[١٣]، والوصية تضاف إلى حالة الموت، فلا بد من تحقق الاسم قبله[١٤].

وعن أبى يوسف[١٥] أنهم يدخلون[١٦]؛ لأن سبب[١٧] الاستحقاق[١٨] لازم[١٩]،

---

(١) قوله: "فصار كالإخوة" يعنى إذا أوصى لإخوة فلان، فإنه يصح، ويدخل فيه الأخ لأب وأم، والأخ لأم والأخ لأب؛ لأن الكل يسمى أخا لفلان، فكذا ينبغى أن يدخل ههنا المولى الأعلى والمولى الأسفل؛ لأن كلا منهما يسمى مولى، وهذه رواية عن أبى حنيفة. (ك)

(٢) قوله: "أن الجهة مختلفة" لأن المولى الأعلى منعم، والمولى الأسفل منعم عليه، بخلاف الإخوة لأن اسم الأخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد، وهو المتفرع من أصله، فصار الاسم عاما، لا مشتركا. (ك)

(٣) أى المعتق.

(٤) المعتَق.

(٥) لفظ المولى.

(٦) إذ لا عموم للمشترك.

(٧) ولا ترجيح للبعض على البعض، فبقى مجهول المراد لا يدرى أن المراد أيهما. (غن)

(٨) وأما فى موضع النفى، فللمشترك عموم.

(٩) المعتق.

(١٠) المعتق.

(١١) وللمشترك عموم فى موضع النفى. (عن)

(١٢) أى فيما إذا أوصى لمواليه. (غن)

(١٣) قوله: "لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت" لأن المتوقف على الشيء يعقبه وجودا، والوصية تضاف إلى حالة الموت؛ لأنها أخت الميراث، والميراث كذلك، فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت، ولم يوجد فيهما. (ع)

(١٤) الموت.

(١٥) قوله: "وعن أبى يوسف إلخ" والأصح الأول؛ لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق، بل بالإحياء الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت. (ع)

(١٦) أى المدبرون وأمهات الأولاد.

(١٧) أى التدبير والاستيلاد.

(١٨) أى استحقاق العتق.

ويدخل[١] فيه[٢] عبد، قال له مولاه: إن لم أضربك، فأنت حر[٣]؛ لأن العتق يثبت قبيل الموت[٤] عند تحقق عجزه[٥]، ولو كان له موالٍ، وأولاد موالٍ، وموالى موالاة[٦] يدخل فيها معتقوه وأولادهم[٧] دون موالى الموالاة.

وعن أبى يوسف أنهم يدخلون أيضًا، والكل شركاء؛ لأن الاسم[٨] يتناولهم على السواء.

ومحمد يقول: الجهة مختلفة فى المعتق الإنعام، وفى الموالى عقد الالتزام، والإعتاق لازم[٩]، فكان الاسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالى الموالى[١٠]؛ لأنهم موالى غيره حقيقة، بخلاف مواليه[١١] وأولادهم[١٢]؛ لأنهم[١٣] ينسبون إليه[١٤]

---

(١٩) أى ثابت مستقر.

(١) بالإجماع.

(٢) أى فى الإيصاء لمواليه. (غن)

(٣) فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته. (غن)

(٤) أى فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق عدم الضرب.

(٥) من الضرب.

(٦) أسلموا على يديه ووالوه. (غن)

(٧) قوله: "وأولادهم" وإنما دخلت أولاد الموالى فى الوصية؛ لأنهم مواليه أيضًا بطريق الحقيقة؛ لأن ولاءهم يثبت بإعتاق الموصى إياهم، فكانوا مواليه حقيقة، وولاء أولاد الموالى يثبت أيضًا بعين ذلك الإعتاق، لا بسبب آخر، فكانوا مواليه أيضًا حقيقة، ولهذا لا يجوز نفى أولاد الموالى، ولا يصح أن يقال: ليس هؤلاء موالى له، بخلاف ما إذا أوصى لبنى فلان، ولفلان بنون، وأولادهم تكون الوصية لهم دون أولادهم؛ لأنهم أولاد بطريق المجاز، ولهذا يصح النفى، بأن يقال: ليس هؤلاء ولده. (غن)

(٨) أى المولى.

(٩) قوله: "والإعتاق لازم" هذا جواب إشكال مقدر بأن يقال: لما كان الجهة مختلفة فى العتق، ومولى الموالاة فى أحدهما الإنعام، وفى الآخر عقد التزام كان ينبغى أن يبطل الوصية، فأجاب عنه بذلك يعنى إنما يبطل الوصية إذا لم يوجد الترجيح لأحد الجهتين، وقد وجد؛ لأن الإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ، وولاء الموالاة يحتمل الفسخ، فكان اسم المولى للمعتق أولى من مولى الموالاة. (غن)

(١٠) قوله: "ولا يدخل فيهم إلخ" أى لا يدخل موالى الموالى فى الوصية للموالى؛ لأن موالى الموالى ليسوا موالى الموصى حقيقة، وهو الذى باشر إعتاقه، وإنما أضيفوا إليه بطريق التسبيب مجازًا؛ لأنه باشر سبب ما هو سبب ولاءهم، وهو إعتاقه للموالى الأولين، ولهذا يصح نفى الاسم عنهم بأن يقال: هؤلاء ليسوا بمواليه، وإنما هم موالى مواليه، واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز. (غن)

(١١) الموصى.

(١٢) الموالى.

(١٣) أى لأن موالى الموصى وأولادهم.

(١٤) أى إلى الموصى.

بإعتاق وجد منه.

وبخلاف ما إذا لم يكن[١] له موالٍ[٢]، ولا أولاد الموالى[٣]؛ لأن اللفظ[٤] لهم[٥] مجاز، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة، ولو كان له معتق واحد[٦] وموالى الموالى، فالنصف لمعتقه، والباقى للورثة[٧] لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز.

ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه، أو أبوه[٨]؛ لأنهم ليسوا بمواليه[٩]، لا حقيقة ولا مجاز، وإنما يحرز ميراثهم[١٠] بالعصوبة، بخلاف[١١] معتق العبض؛ لأنه ينسب إليه بالولاء، والله أعلم بالصواب.

---

(١) فتكون الوصية لموالى الموالى.

(٢) أى مولى العتاقة. (ك)

(٣) أى أولاد موالى العتاقة.

(٤) أى لفظ المولى.

(٥) أى لمولى الموالى.

(٦) فيما إذا أوصى لمواليه.

(٧) لا لموالى الموالى.

(٨) قوله: "ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه، أو أبوه" هكذا وجدت فى بعض النسخ الصحاح التى يعتمد عليها، ووجد صاحب "غاية البيان" هكذا: ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه؛ لأنهم إلخ، وأما صاحب "العناية" و "الكفاية"، فلم يجدا هذه النسخة، ولا تلك، بل وجدا هكذا: ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم؛ لأنهم ليسوا إلخ، ثم تعقباه، وقال: هكذا وقع فى النسخ، ولكن الصواب: أعتقهم أبوه، أو ابنه، فإن التعليل يطابق ذلك دون المذكور فى الكتاب، كما لا يخفى، فتدبر. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٩) قوله: "لأنهم إلخ" أى لأن موالى الأب أو الابن لا ينسبون إليه بطريق الحقيقة، ولا بطريق المجاز؛ لأنه لا يباشر ولاءهم، ولا سبب لذلك؛ لأنه لم يعتق من أعتقهم، فلم يكونوا موالى له، لا حقيقةً ولا مجازاً، فلم يدخلوا تحت اللفظ. (غن)

(١٠) قوله: "وإنما يحرز إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال: الموصى يرث من موالى أبيه، أو ابنه، والإرث بحكم الولاء، وإليه أشار الحديث: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، فأجاب بقوله: وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة، لا لانتقال الولاء إليه. (تاج الشريعة)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" يرتبط بقوله: ولا يدخل فيه موالٍ قد أعتقهم ابنه يعنى أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالى؛ لأنه مولاه حقيقة، بخلاف موالى الابن؛ لأنهم ليسوا مواليه أصلا، ولكن ينبغى أن يكون هذا على مذهبهما؛ لأن معتق البعض عند أبى حنيفة كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للموالى، فكذا معتق البعض، فعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب، وقال: بخلاف معتق المعتق يعنى أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالى إذا لم يكن للموالى ولاء أولادهم؛ لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصى مجازاً، بخلاف معتق الابن، فإنه لا ينسب إليه لا حقيقة، ولا مجازاً. (غن)

قوله: "بخلاف" هكذا وقع فى النسخ، لكن ليس هو بصواب إنما الصواب أن يقال: بخلاف معتق المعتق؛ لأنه ينسب إليه بالولاء. (ك)

باب الوصية بالسكنى[١] والخدمةِ والثمرةِ

قال[٢]: وتجوز الوصية[٣] بخدمةِ عبده، وسكنى داره سنين معلومة، وتجوز بذلك أبدًا؛ لأن المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل[٤]، وغير بدلٍ[٥]، فكذا بعد الممات لحاجته[٦]، كما فى الأعيان.

ويكون[٧] محبوسًا على ملكه فى حق المنفعة[٨]، حتى يتملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجوز[٩] موقتًا ومؤبدًا، كما فى العارية، فإنها[١٠] تمليك على أصلنا.

بخلاف الميراث؛ لأنه خلافة[١١] فيما يتملكه المورث، وذلك فى عين تبقى[١٢]، والمنفعة عرض لا يبقى، وكذا الوصية[١٣] بغلة[١٤] العبد والدار؛ لأنه بدل المنفعة،

---

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان، شرع فى بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا، فأخرها عنها وضعا. (ع)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "وتجوز الوصية إلخ" وعند ابن أبى ليلى لا يجوز شىء من ذلك موقتا، ولا غير موقت؛ لأن المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة، فلا يصح تمليكها لغيره، ولكنا نقول: إن المنافع تحتمل التمليك ببدل كما فى الإجارة، وبغير بدل كما فى الإعارة فى حالة الحياة، فكذا بعد الممات لحاجته، كما فى الأعيان، فإن الأعيان يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل، وبغير بدل كالبيع والهبة، فكذا بعد الممات يصح تمليكها ببدل، بأن أوصى بأن يباع عبده، أو بغير بدل بأن أوصى بعبده لفلان، وهذا لأن الموصى يبقى العين على ملكه حيث يجعله مشغولا بتصرفه موقوفًا على حاجته، فإنما يحدث المنفعة على ملكه، كما يستوفى الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف. (ك)

(٤) كما فى الإجارة.

(٥) كما فى العارية.

(٦) الموصى.

(٧) العبد أو الدار.

(٨) لا فى حق الرقبة، فإنها ملك الورثة.

(٩) هذه الوصية.

(١٠) قوله: "فإنها" أى العارية تمليك المنافع على أصلنا، وعند الشافعى أباحة المنافع. (ك)

(١١) قوله: "لأنه خلافة إلخ" فالإرث لا يجرى فى الخدمة بدون الرقبة؛ لأن الوراثة خلافة، وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكًا للمورث، وهذا يتصور فيما يبقى بوقتين، والمنفعة لا تبقى وقتين، فأما الوصية، فإيجاب ملك بالعقد كالإجارة والإعارة. (ك)

(١٢) قوله: "وذلك إلخ" أى الخلافة تتصور فى عين تبقى، بخلاف إيجاب الملك وإحداثه، فإنه يتصور فيما لا يبقى. (أعظمى)

(١٣) أى تجوز.

(١٤) قوله: "بغلة [محاصل]" الغلة كل ما يحصل من ريع الأرض، أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. (مغرب)

فأخذ حكمها، والمعنى[١] يشملهما[٢].

قال[٣]: فإن خرجت[٤] رقبة العبد من الثلث يسلم إليه[٥] ليخدمه؛ لأن حق الموصي له في الثلث لا تزاحمه الورثة.

وإن كان لا مالَ له[٦] غيره خدم الورثة يومين[٧]، والموصى له يومًا؛ لأن حقه في الثلث، وحقهم في الثلثين، كما في الوصية في العين، ولا تمكن قسمة العبد أجزاءً؛ لأنه لا يتجزأ، فصرنا إلى المهايأة[٨] إيفاء للحقين.

بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث[٩] حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء، وهو أعدل للتسوية[١٠] بينهما زمانًا وذاتًا، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا.

ولو اقتسموا[١١] الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضًا؛ لأن[١٢] الحق لهم إلا

---

(١) وهي حاجة الموصى.

(٢) أي المنفعة والغلة. (ع)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "فإن خرجت [أو لم تخرج، ولكن أجازت الورثة] رقبة إلخ" في "الإيضاح": ينظر إلى الأعيان التي أوصى بها، فإن كان رقابها مقدار الثلث جاز، ولا يعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلة والسكنى، وإنما اعتبر الأعيان دون المنافع؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها، فإذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت، وبقي العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعة لها، فلهذا يعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بالرقبة. (ك)

(٥) أي إلى الموصى له.

(٦) أي للموصي.

(٧) قوله: "خدم الورثة يومين إلخ" أي ابدأ إذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقتة، وأما إذا أوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة، وليس له مال غير العبد، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يومًا، والورثة يومين إلى ثلاث سنين، فإذا مضى ثلاث سنين، تم وصية الموصى له بالخدمة، وإن كان الوصية بخدمة سنة بعينها، ومات قبل دخول تلك السنة إن كان العبد يخرج من ثلث ماله، أو لا يخرج، ولكن أجازت الورثة، فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يوما، والورثة يومين حتى مضى السنة التي عليها، فإذا مضت يسلم العبد للورثة. (ك)

(٨) أي المناوبة من حيث الزمان.

(٩) بأن لا مال له غيرها.

(١٠) قوله: "وهو أعدل إلخ" أي هذا النوع من القسمة أقرب إلى المعادلة؛ لأنه يحصل التسوية بين الموصى له والورثة زمانًا وذاتًا، وفي المهايأة يلزم تقدم أحدهما على الآخر زمانًا، فلا يصار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء، ولكن مع هذا لو تهايئوا في القسمة من حيث الزمان تجوز أيضًا إلخ. (غن)

(١١) أي الورثة والموصى له.

(١٢) أي لأن المعادلة في الزمان حقهم، فإذا أسقطوها جاز. (غن)

أن الأول[١]، وهو الأعدل أولى، وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من[٢] ثلثى الدار، وعن أبى يوسف أن لهم ذلك[٣]؛ لأنه[٤] خالص ملكهم[٥].

وجه الظاهر أن حق الموصى له[٦] ثابت فى سكنى جميع الدار، بأن ظهر للميت مال آخر، وتخرج الدار من الثلث، وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم[٧] إذا خرب ما فى يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك[٨]، فَمُنِعُوا[٩] عنه[١٠].

قال[١١]: فإن كان مات الموصى له[١٢]، عاد[١٣] إلى الورثة؛ لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه[١٤]، فلو انتقل[١٥] إلى وارث الموصى له استحقها[١٦] ابتداء[١٧] من ذلك الموصى من غير مرضاته، وذلك[١٨] لا يجوز.

ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت؛ لأن إيجابها[١٩] تعلق بالموت على

---

(١) أى قسمة الدار أجزاء. (غن)

(٢) بيان ما.

(٣) البيع.

(٤) أى لأن ما فى أيديهم.

(٥) فينفذ بيعهم فيه. (غن)

(٦) بالسكنى. (غن)

(٧) الورثة.

(٨) الحق.

(٩) ورثة.

(١٠) بيع.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) بعد موت الموصى. (غن)

(١٣) قوله: "عاد" أى الموصى به، وهو خدمة العبد وغلته، وسكنى الدار وغلتها إلى ورثة الموصى، لا إلى ورثة الموصى له. (غن)

(١٤) الموصى.

(١٥) الحق.

(١٦) المنافع.

(١٧) لما تقدم أن الميراث خلافة. (ع)

(١٨) أى استحقاق الملك من غير مرضاة المالك.

(١٩) قوله: "لأن إيجابها إلخ" أى لأن إيجاب الوصية يكون بعد الموت؛ لأنه متعلق بوجود الموت، فإذا مات الموصى له لم يصح الإيجاب، كما لا يصح إيجاب البائع للمشترى بعد موته. (غن)

ما بيناه من قبل[١].

ولو أوصى بغلة عبده[٢]، أو داره، فاستخدمه[٣] بنفسه، أو سكنها[٤] بنفسه، قيل[٥]: يجوز ذلك؛ لأن قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود[٦].

والأصح أنه لا يجوز؛ لأن الغلة دراهم أو دنانير، وقد وجبت الوصية بها[٧]، وهذا[٨] استيفاء المنافع، وهما[٩] متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة، فإنه لو ظهر[١٠] دين[١١] يمكنهم أداءه من الغلة بالاسترداد منه[١٢] بعد استغلالها، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفاءها[١٣] بعينها، وليس للموصى له بالخدمة، والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار.

وقال الشافعى: له ذلك؛ لأنه بالوصية مَلك المنفعة، فيملك تمليكها من غيره ببدلٍ[١٤]، أو غير بدل؛ لأنها كالأعيان عنده[١٥]، بخلاف العارية؛ لأنها إباحة على أصله[١٦]، وليس بتمليك[١٧].

---

(١) قوله: "على ما بيناه من قبل" أى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله: بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت. (ع)

(٢) قوله: "ولو أوصى إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: قال: ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ذكرت تفريعاً على مسألة "المختصر". (غن)

(٣) الموصى له.

(٤) دار.

(٥) القائل: أبو بكر الإسكاف. (غن)

(٦) وهو الانتفاع بالعبد، أو الدار. (ك)

(٧) أى بالدراهم والدنانير.

(٨) أى الاستخدام والسكنى.

(٩) أى الغلة والاستخدام.

(١٠) قوله: "فإنه لو ظهر إلخ" أى لو ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة، ولو سكن هو بنفسه لا يمكن أن يقضى من السكنى. (غن)

(١١) على الميت.

(١٢) أى من الموصى له.

(١٣) المنافع.

(١٤) كما فى الإجارة.

(١٥) الشافعى.

(١٦) الشافعى.

(١٧) قوله: "وليس بتمليك" ولهذا لا يملك المستعير الإعارة عنده، ولهذا لا يتعلق بالإعارة اللزوم، والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم. (ك)

ولنا أن الوصيّة تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يملك تمليكه ببدل[١] اعتباراً بالإعارة، فإنها تمليكٌ بغير بدل[٢] فى حالة الحياة على أصلنا.

ولا يملك المستعير الإجارة؛ لأنها[٣] تمليك ببدل كذا هذا، وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم[٤]، وبغير بدلٍ[٥] غير لازم، ولا يملك الأقوى بالأضعف، والأكثر بالأقل، والوصية تبرع[٦] غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع[٧]، لا لغيره، والمتبرع[٨] بعد الموت لا يمكنه الرجوع، فلهذا انقطع.

أمّا هو[٩] فى وضعه، فغير لازم، ولأن[١٠] المنفعة ليست بمال على أصلنا، وفى تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقًا للمساواة[١١] فى عقد المعاوضة، فإنما تثبت هذه الولاية[١٢] لمن يملكها تبعًا لملك الرقبة، أو لمن يملكها[١٣] بعقد المعاوضة[١٤] حتى يكون مِلكًا لها بالصفة التى تملكها.

أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض[١٥]، ثم ملكها بعوض، كان مملكا أكثر مما تملكه معنى، وهذا لا يجوز[١٦]، وليس للموصى له[١٧] أن يخرج العبد من الكوفة إلا

---

(١) كما فى الإجارة.

(٢) قوله: "فإنها تمليك إلخ" قد تقدم فى بيان العارية، وفى الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر، وهو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه. (ع)

(٣) الإجارة.

(٤) حتى لا ينفسخ إلا بعذر. (غن)

(٥) كالعارية.

(٦) فلا يملك الموصى له الإجارة.

(٧) قوله: "إلا أن الرجوع إلخ" جواب عما يقال: الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع ح، ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية، والوصية فى وضعها غير لازمة، وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض، فلا يعتبر به. (ع)

(٨) أى الموصى.

(٩) أى الإيصاء.

(١٠) دليل آخر. (ع)

(١١) قوله: "تحقيقًا للمساواة" لأن الأجرة مال، وقوبل بالمنافع، فحدثت فى المنافع صفة المالية تحقيقًا للمساواة. (ك)

(١٢) أى ولاية إحداث صفة المالية فيها. (غن)

(١٣) فإنه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين. (غن)

(١٤) كالإجارة. (غن)

(١٥) أى لا فى ضمن شيء آخر. (غن)

(١٦) قوله: "وهذا لا يجوز" يعنى بناء على ما قال: ولا يملك الأقوى بالأضعف، وهو ظاهر، واعترض عليه بإجارة

أن يكون الموصى له، وأهله في غير الكوفة، فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث[١]؛ لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف[٢] من مقصود الموصى، فإذا كانوا[٣] في مصره.

فمقصوده أن يمكنه[٤] من خدمته فيه[٥] بدون أن يلزمه[٦] مشقة السفر، وإذا كانوا في غيره[٧]، فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم.

ولو أوصى[٨] بغلّة[٩] عبده، أو بغلّة داره يجوز أيضاً[١٠]؛ لأنه[١١] بدل المنفعة، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وأنه عينٌ حقيقةً؛ لأنه دراهم أو دنانير، فكان بالجواز[١٢] أولى[١٣].

ولو لم يكن له[١٤] مالٌ غيره[١٥] كان له[١٦] ثلث غلة تلك السنة؛ لأنه[١٧] عين

الحر نفسه، فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته، ولا بعقد المعاوضة، ويجوز له أن يملكها ببدل، وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية، فمراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها، ومنفعة الحر ليست كذلك، فلا تكون، واردا عليه. (ع)

(١٧) قوله: "وليس للموصى له إلخ" يعنى إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلا، فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة إلى موضع آخر ليستخدمه فيه إلا أن يكون الموصى له، وأهله في غير الكوفة، فح يكون له أن يخرجه إلى غير الكوفة. (غن)

(١) قوله: "إذا كان يخرج من الثلث" احتراز عما إذا لم يخرج، فإنه ليس الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة. (ع)

(٢) عادة.

(٣) أى أهل الموصى له.

(٤) الموصى له.

(٥) أى في مصره.

(٦) العبد.

(٧) أى في غير مصر الموصى.

(٨) قوله: "ولو أوصى إلخ" قد علم جوازه فيما تقدم، ولعله ذكر تمهيدا لقوله: ولو لم يكن له مال غيره، كان له ثلث غلة تلك السنة يعنى إذا لم يجز الورثة، وكان الوصية بغلة عبده سنة، وتذكيراً لضمائر، أما بتأويل المال، أو نظراً إلى الخبر. (عناية)

(٩) محاصل.

(١٠) أى كما يجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار. (غن)

(١١) الغلة.

(١٢) قوله: "فكان بالجواز إلخ" أى كان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة؛ لأن الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية، ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن أبى ليلى، فإذا جاز الإيصاء بها جاز الإيصاء بالغلة بالطريق الأولى؛ لأنها عبارة عن مال عين، وهو الدراهم أو الدنانير. (غن)

(١٣) من المنفعة.

(١٤) الموصى.

مال[١] يحتمل القسمةَ بالأجزاء[٢]، فلو أراد[٣] الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة؛ ليكون هو الذى يستغل ثلثها[٤] لم يكن له ذلك.

إلا فى رواية عن أبى يوسف، فإنه يقول: الموصى له شريك الوارث، وللشريك ذلك[٥]، فكذلك للموصى له إلا أنا نقول: المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة؛ إذ هو المطالب، ولا حق له فى عين الدار، وإنما حقه فى الغلة، فلا يملك المطالبة بقسمة الدار.

ولو أوصى له بخدمة عبده، ولآخر برقبة[٦]، وهو[٧] يخرج من الثلث، فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة[٨] عليها[٩] لصاحب الخدمة؛ لأنه[١٠] أوجب[١١] لكل واحد منهما شيئًا معلومًا عطفًا[١٢] منه لأحدهما على الآخر، فتعتبر هذه الحالة[١٣] بحالة الانفراد[١٤]، ثم لما صحت الوصية[١٥] لصاحب الخدمة، فلو لم يوص

---

(١٥) أى غير هذا العبد، أو غير هذه الدار.

(١٦) أى للموصى له.

(١٧) الغلة.

(١) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث. (م)

(٢) قوله: "يحتمل القسمة إلخ" هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد، فإن هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة الخدمة بطريق المهايأة. (ك)

(٣) بغلة الدار.

(٤) دار.

(٥) أى قسمة الدار.

(٦) موصولا، أو مفصولا.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "والخدمة إلخ" وفى "المبسوط": ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة؛ لأنه إنما يتمكن من استخدامه إذا أنفق عليه، فإن العبد لا يقوى على الخدمة إلا بذلك، وهو أحق بخدمته، فيلزمه نفقته كالمستعير، فإنه ينفق على المستعار، وينتفع به، وإن أبى أن ينفق رده على صاحبه، فهذا كذلك أيضًا، وإن كان أوصى بخدمة عبد صغير لإنسان، وبرقبته لآخر، وهو يخرج من الثلث، فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة. (كفاية)

(٩) أى على رقبة العبد. (غن)

(١٠) الموصى.

(١١) لأحدهما الخدمة، ولآخر الرقبة. (غن)

(١٢) قوله: "عطفًا [والعطف لا يقتضى المشاركة فيما أوصى به لكل واحد منهما. ك] إلخ" ومعنى ذلك أنه عطف قوله: ولآخر برقبته بالواو على قوله: أوصى له بخدمة عبده. (م)

(١٣) أى حالة العبد. (م)

فى الرقبة بشىء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له.

فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت، ولها[1] نظائر[2]، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل[3]، وبما فى بطنها لآخر، وهى تخرج من الثلث.

أو أوصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصّه، أو قال: هذه القوصرة[4] لفلان، وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى[5]، ولا شىء لصاحب[6] الظرف[7] فى المظروف[8] فى هذه المسائل كلّها.

أما إذا فصل[9] أحد الإيجابين عن الآخر فيها، فكذلك الجواب عند أبى يوسف، وعلى قول محمد: الأمة للموصى له بها[10]، والولد بينهما نصفان، وكذلك فى أخواتها[11] لأبى يوسف[12] أن بإيجابه[13] فى الكلام الثانى تبيّن أن مراده

---

(١٤) أى انفراد إحدى الوصيتين عن الآخر. (م)

(١٥) قوله: "ثم لما صحت إلخ" لما للبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعنى لو كانت الوصية لصاحب الخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثًا للورثة، والخدمة للموصى له من غير اشتراك، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر، يكون الرقبة له، والخدمة للموصى له بها؛ إذ الوصية أخت الميراث. (م)

(١) أى لهذه المسألة. (م)

(٢) من حيث إن الموصى له بالظرف لا يشارك الموصى له بالمظروف. (ك)

(٣) قوله: "إذا أوصى إلخ" قال الإمام الإسبيجابى فى "شرح الطحاوى": لو أوصى بالجارية لإنسان، وبما فى بطنها لآخر، فإنه يجوز إلا إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر بعد موت الموصى، أو بستة أشهر، فح لا يجوز الوصية فى الولد، وكلاهما يكون للموصى له بالجارية. (غاية البيان)

(٤) بالتخفيف والتشديد: وعاء التمر يتخذ من قصب. (ك)

(٥) سواء كان الكلام متصلا، أو منقطعًا.

(٦) قوله: "لصاحب" أى للموصى له بالأمة والخاتم والقوصرة. (ك)

(٧) عند أبى يوسف. (غن)

(٨) أى فى الولد والفص والتمر. (ك)

(٩) قوله: "أما إذا فصل إلخ" [والمراد بالفصل أن يكون الإيجابان بدفعين. عن] يعنى أما إذا كان أحد الإيجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق، وأما إذا كان أحدهما مفصولا عن الآخر، فكذلك عند أبى يوسف، خلافًا لمحمد. (م)

(١٠) أمة.

(١١) قوله: "وكذلك فى أخواتها" أى أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل، وبما فى بطنها لرجل آخر، وأراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص، ومسألة القوصرة مع التمر، ومسألة الشاة مع الصوف، ومسألة الدار مع البناء، ومسألة السيف والحلية، ومسألة البستان والثمر، ومثل ذلك. (غن)

(١٢) قوله: "لأبى يوسف إلخ" الاختلاف ذكر فى أكثر شروح "الزيادات"، ولم يذكره فخر الإسلام فى "شرح زياداته"، ولا فى أصوله؛ لأن أبا يوسف لم يثبت خلافه فى ظاهر الرواية، وإنما علم خلافه من رواية "الإملاء"، كذا ذكر

من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد، وهذا البيان منه[١] صحيح وإن[٢] كان مفصولا؛ لأن الوصية لا تلزِم شيئًا في حال حياة الموصى، فكان البيان المفصول فيه، والموصولُ سواء كما في وصية الرقبة والخدمة[٣].

ولمحمد[٤] أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفصَّ، وكذلك اسم الجارية يتناولها، وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك.

ومن أصلنا أن العامّ الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص[٥]، فقد اجتمع في الفص وصيتان، وكل منهما وصيّة بإيجاب على حدة، فيجعل الفصّ بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصيّة فيه للثاني رجوعًا عن الأول، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم[٦].

بخلاف الخدمة مع الرقبة[٧]؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه[٨] حق.

بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا؛ لأن ذلك دليل التخصيص[٩] والاستثناء، فتبيّن أنه[١٠] أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفصّ.

الكرخي في "مختصر الزيادات". (غن)

(١٣) الموصي.

(١) الموصي.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "كما في وصية الرقبة والخدمة" فإن المفصول والموصول فيهما في الحكم، سواء لعدم كون الثاني بيان تغيير حتى يشترط الوصل لعدم كون الوصية ملزمة في حال حياة الموصي. (عظمي)

(٤) قوله: "ولمحمد إلخ" تأخير تعليل محمد، والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب دليل على أن المعول عليه قول محمد. (عناية)

(٥) أي قطعًا.

(٦) لا يكون ذلك رجوع عن الأول، بل يكون الخاتم بينهما. (غن)

(٧) قوله: "بخلاف الخدمة مع الرقبة" يعني لو أوصى برقبة العبد لإنسان، وبخدمته لآخر، كان كما أوصى وإن كان في كلام منفصول، ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء، وإنما كان هكذا؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، بخلاف ما نحن فيه، فإن الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعًا، واسم الجارية يتناولها، وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك. (كفاية)

(٨) أي في الخدمة.

(٩) وذلك بيان مغير، فيصح بشرط الوصل. (غن)

(١٠) الموصي.

قال[١]: ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه، ثم مات[٢]، وفيه ثمرة[٣]، فله هذه الثمرة وحدها، وإن قال: له ثمرة بستاني أبدًا، فله هذه الثمرة، وثمرته فيما يستقبل ما[٤] عاش[٥]، وإن أوصى له بغلة بستانه[٦]، فله الغلة القائمة، وغلته فيما يستقبل.

والفرق[٧] أن الثمرة اسم للموجود عرفا، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدومُ مذكور، وإن لم يكن شيئا.

أما الغلة تنتظم الموجود، وما يكون بعرض[٨] الموجود مرة بعد أخرى عرفا يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت[٩] تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى.

أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود، فلهذا يفتقر الانصراف[١٠] إلى دليل زائد[١١].

قال[١٢]: ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدًا، أو بأولادها، أو بلبنها، ثم مات[١٣]، فله ما في بطونها من الولد، وما في ضروعها من اللبن، وما على

---

(١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) الموصي.

(٣) قوله: "وفيه ثمرة" إنما قيد به؛ لأنه إذا لم يكن للبستان ثمرة، والمسألة بحالها، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في أنه يتناول الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، كما في مسألة الغلة. (نهاية)

(٤) أي مدةً عاش.

(٥) الموصى له.

(٦) قوله: "وإن أوصى له بغلة بستانه إلخ" ثم في البستان السقي والخراج، وما فيه صلاحه على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع بالبستان، فهي كالنفقة في فصل الخدمة. (كفاية)

(٧) قوله: "والفرق" أي بين الغلة والثمرة في أن الغلة تتناول الموجود والحادث جميعًا سواء، ذكر لفظ الأبد، أو لم يذكر، والثمرة تتناول الموجود لا الحادث إلا إذا ذكر الأبد، فحينئذ تتناول الحادث أيضًا هو أن الثمرة إلخ. (غن)

(٨) بيش آمدن.

(٩) الغلة.

(١٠) إلى الأبد.

(١١) كقوله: أبدًا وما عاش.

(١٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) الموصي.

ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى[١] سواءٌ قال: أبدًا، أو لم يقل؛ لأنه[٢] إيجابٌ عند الموت، فيعتبر قيام هذه[٣] الأشياء يومئذٍ، وهذا بخلاف ما تقدم[٤].

والفرق[٥] أن القياس يأبى تمليك المعدوم؛ لأنه لا يقبل الملك إلا أن فى الثمرة، والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة[٦] والإجارة[٧]، فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الأولى؛ لأن بابها أوسع.

أما الولد المعدوم وأختاه[٨]، فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا، ولا تستحق بعقد ما، فكذلك لا يدخل تحت الوصية.

بخلاف الموجود منها؛ لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعًا[٩]، وبعقد الخلع[١٠] مقصودًا، فكذا بالوصية، والله أعلم بالصواب.

بابُ وصيّة الذمي[١١]

قال[١٢]: وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة[١٣]، أو كنيسة[١٤] فى صحته، ثم

---

(١) ولا يستحق ما يحدث بعده.

(٢) الوصية.

(٣) أى الولد واللبن والصوف.

(٤) أى من الثمرة والغلة. (ك)

(٥) قوله: "والفرق إلخ" أى الفرق بين هذه المسألة حيث لا تتناول الحادث، وإن ذكر الأبد، وبين ما تقدم من الوصية بثمرة بستانه، فإذا ذكر الأبد يقع على الحادث أيضًا، وكذا الوصية بالغلة تقع على الحادث أيضًا، ذكر الأبد ولم يذكر، هو أن القياس إلخ. (غن)

(٦) أى المساقاة، وقد مرت بابها.

(٧) لف ونشر مرتب.

(٨) أى الصوف واللبن المعدومان.

(٩) قوله: "بعقد البيع تبعًا" أى يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف فى بيع الغنم تبعًا للغنم، ويجوز الخلع على ما فى ظهر غنمها من الصوف. (ك)

(١٠) قوله: "وبعقد الخلع" صورته: أن تقول المرأة لزوجها: خالعنى على ما فى بطن جاريتى وغنمى صح، وله ما فى بطنها، وإن لم يكن فى البطن شىء، فلا شىء له، وما حدث بعد ذلك للمرأة؛ لأن ما فى البطن قد يكون متقومًا، وقد لا يكون، ولم تفسره حتى لو قالت: على حمل جاريتى، وليس بها حمل يرد المهر. (ع)

(١١) قوله: "باب وصية الذمى" ذكر وصية الذمى بعد ذكر وصية المسلم؛ لأن الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية. (غن)

(١٢) أى فى "الجامع الصغير".

(١٣) بالكسر: كليساى ترسايان. (غن)

(١٤) كنيسه كليساى ترسايان يا جهودان يا كليساى ديگر كفار. (غن)

مات، فهو ميراث[1]؛ لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة، والوقف[2] عنده يورث ولا يلزم، فكذا هذا، وأما عندهما فلأن هذه معصية، فلا تصح عندهما.

قال[3]: ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث[4]، معناه إذا أوصى أن تبنى[5] داره بيعةً، أو كنيسةً، فهو جائز من الثلث؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف، ومعنى التمليك، وله[6] ولاية ذلك، فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين[7].

قال[8]: وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمّين[9]، جازت الوصية عند أبي حنيفة.

وقالا[10]: الوصية باطلة؛ لأن هذه معصية حقيقةً وإن[11] كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة؛ لما في تنفيذها من تقرير المعصية.

ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم[12]، وما يدينون[13] فتجوز بناءً على اعتقادهم.

---

(١) قوله: "فهو ميراث" أي بالاتفاق على اختلاف التخريج أما عند أبي حنيفة لعدم لزوم الوقف، وعندهما لكون ذلك الفعل معصية لا يقال: البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا، والمسلم إذا جعل داره مسجداً في صحته، وسلم لا يورث، فينبغي أن يكون البيعة كذلك؛ لأنا نقول: المسجد تحرز عن حقوق العباد، وصار لله تعالى خالصاً فلا يورث، ولا كذلك البيعة؛ لأن البيعة عندهم لمنافع الخلق، فإنها تسكن فيها أساقفهم، ويدفن فيها أمواتهم. (كفاية)

(٢) فإن مسلماً لو وقف أرضا في حياته، ثم مات صار ميراثًا. (غن)

(٣) أي في "الجامع الصغير". (عن)

(٤) بالاتفاق. (غن)

(٥) أي أوصى أن يعمل بيعة، أو كنيسة لقوم معين.

(٦) أي للذمي.

(٧) قوله: "على اعتبار المعنيين" معنى الاستخلاف والتمليك، فجعلناه من الثلث نظراً إلى الا ستخلاف، وجوزنا ذلك نظراً إلى التمليك، وإذا صار ملكًا للمسلمين صنعوا ما شاءوا. (عناية)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) غير محصورين.

(١٠) قوله: "وقالا إلخ" قال مشايخنا: هذا الاختلاف فيما إذا أوصى ببناء بيعة، أو كنيسة في القرى، فأما في المصر، فلا تجوز بالاتفاق؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار، كذا في "الجامع الصغير" للبرهاني. (ك)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) وله: "نتركهم" كما في الخمر والخنزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم؛ لأنهم يدينون جواز ذلك، وهم يدينون جواز الإيصاء ببناء البيعة والكنيسة، فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم. (غن)

(١٣) أي مع ما يدينون، وفي نسخة أخرى: وما يعتقدون.

ألا يرى أنه لو أوصى[١] بما هو قربة حقيقةً، معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم، فكذا عكسه[٢].

ثم الفرق لأبى حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة[٣]، وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصًا لله تعالى، كما فى مساجد المسلمين، والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة[٤]، فتبقى ملكًا للبانى، فتورث عنه، ولأنهم[٥] يبنون فيها الحجرات، ويسكنونها، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به، وفى هذه الصورة يورث المسجد[٦] أيضًا لعدم تحرزه.

بخلاف الوصية[٧]؛ لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه[٨] فى غيرما هو قربة عندهم، فبقى فيما[٩] هو قربة على مقتضاه، فيزول ملكه، فلا يورث.

ثم الحاصل أن وصايا الذمى على أربعة أقسام: منها: أن تكون قربة فى معتقدهم، ولا تكون قُربة فى حقنا، وهو ما ذكرناه[١٠].

وما إذا أوصى الذمى بأن تذبح خنازيره، وتطعم المشركين، وهذه على الخلاف[١١] إذا كان لقوم[١٢] غير مسمين، كما ذكرناه[١٣]، والوجه ما

---

(١) قوله: "لو أوصى بما هو قربة إلخ" وهو كما إذا أوصى بحج، أو بأن يبنى مسجداً للمسلمين، أو بأن يسرج فى مساجد المسلمين، فهذه الوصية منه باطلة بالإجماع. (ك)

(٢) قوله: "فكذا عكسه" أى تجوز الوصية بداره كنيسة لقوم غير مسلمين اعتباراً لاعتقادهم. (ك)

(٣) قوله: "بين بناء إلخ" فإن الذمى إذا بنى ذلك، ثم مات يورث، وإذا أوصى بذلك، ومات لا يورث. (عن)

(٤) قوله: "لم تصر محرزة لله تعالى حقيقةً" بل محرزة على معتقدهم، فبقى للبانى، فيورث عنه. (م)

(٥) دليل آخر على عدم التحرز لله تعالى. (م)

(٦) كما إذا جعل داره مسجداً، وتحته سرداب، وفوقه بيت. (غن)

(٧) قوله: "بخلاف الوصية إلخ" متصل بقوله: إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى، والضمير فى قوله: لأنه وضع، وفى قوله: لثبوت مقتضاه، وفى قوله: على مقتضاه كلها راجعة إلى الوصية بتأويل الإيصاء. (م)

(٨) قوله: "امتنع ثبوت مقتضاه" وهو زوال الملك فى غير ما هو قربة عندهم، فبقى أى الإيصاء فيما هو قربة على مقتضاه، وهو زوال الملك، فلذلك لا يورث، ثم أورد محمد على نفسه سؤالا، فقال: كيف يكون هذا قربة من الذمى، فإنه لا يثاب على ذلك، قلنا: الأحكام فى حقهم إنما تبتنى على ما يظهرون، لا على الحقيقة، ألا ترى أنه إذا ذبح، وسمى اسم الله يحل ذبيحته، وإن كان ما يعتقده آلهًا ليس بإله على الحقيقة، ولو ذبح باسم المسيح لا يحل ذبيحة على ما قال عمر رضى الله عنه: "إذا سمعتموهم سموا بغير الله، فلا تأكلوا". (ك)

(٩) أى إذا لاقت فيما هو قربة عندهم عملت علمها. (م)

(١٠) قوله: "وهو ما ذكرناه" يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة. (م)

بيناه[١].

ومنها: إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا، ولا يكون قربة في معتقدهم، كما إذا أوصى بالحج، أو بأن يُبنى مسجد للمسلمين، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، وهذه الوصية باطلة بالإجماع؛ اعتباراً لاعتقادهم، إلا إذا كان لقوم[٢] بأعيانهم لوقوعه تمليكا[٣]؛ لأنهم معلومون، والجهةُ مَشْوِرَةٌ[٤].

ومنها: إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا، وفي حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس، أو يغزى الترك[٥]، وهو من الروم[٦]، وهذا جائز، سواء كان القوم بأعيانهم، أو بغير أعيانهم؛ لأنه وصية بما هو قربة حقيقةً، وفي معتقدهم أيضًا.

ومنها: إذا أوصى بما لا يكون قربة، لا في حقنا، ولا في حقهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات، فإن هذا غير جائز؛ لأنه معصية في حقنا، وفي حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم[٧]، فيصح تمليكا واستخلافًا.

وصاحب الهوى[٨] إن كان لا يكفر، فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين؛ لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر، وإن كان يكفر، فهو بمنزلة المرتد، فيكون على الخلاف المعروف[٩] في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه، وفي المرتدة الأصح[١٠] أنه

---

(١١) فيجوز الوصية عند أبي حنيفة خلافًا لهما. (غن)

(١٢) فإن كانت لقوم بأعيانهم صحت بالإجماع. (غن)

(١٣) يعني من الخلاف في الوصية بناء البيعة والكنيسة. (عناية)

(١) قوله: "والوجه ما بيناه" أي من الجانبين، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم، وعندهما أنها وصية بالمعصية. (ع)

(٢) قوله: "إلا إذا كان إلخ" وإن كانوا لا يحصون لا يصح الوصية؛ لأنه لا يمكن تصحيحها تمليكًا فتبطل؛ لأنها ليست بطاعة عندهم؛ لأنهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم، بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء، فوقعت وصية حينئذٍ على سبيل الهزل، والوصية يبطلها الهزل. (غن)

(٣) قوله: "لوقوعه [وصية] تمليكًا" فيبطل الجهة التي عينها إن شاءوا فعلوا ذلك، وإن شاءوا تركوا، وإن كانوا لا يحصون لا يصح؛ لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكا، وأنها ليست بقربة في اعتقادهم حتى يكون تمليكا من الله تعالى في اعتقادهم، فلا يصح. (ك)

(٤) قوله: "والجهة مَشْوِرَة [هي مفعلة لا مفعولة. من]" أي صرف هذا المال الموصى به إلى الحج، وبناء المساجد والأسراج فيه خرج على طريق المشورة. (ك)

(٥) بالضم: گروهى ست از اولاد يافث بن نوح. (غن)

(٦) قوله: "من الروم" روم بالضم: گروهى است از اولاد روم بن عيصو رومى منسوبست بآن. (من)

(٧) قوله: "إلا أن يكون إلخ" وإن كانت لقوم لا يحصون بطلت؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح، ولا يمكن تصحيحه قربة؛ لأنه معصية عند الكل. (غن)

(٨) أي البدعة، ذكره تفريعًا على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

تصح وصاياها؛ لأنها تبقى[1] على الردة بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل، أو يسلم.

قال[2]: وإذا دخل الحربي دارنا[3] بأمان، فأوصى لمسلم، أو ذمي بماله كله جاز[4]؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة، ولهذا ينفذ[5] بإجازتهم، وليس لورثته[6] حق مرعي؛ لكونهم في دار الحرب؛ إذ هم أموات في حقنا، ولأن حرمة ماله[7] باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه[8]، لا لحق ورثته، ولو كان أوصى[9] بأقل من ذلك أخذت الوصية، ويرد الباقي على ورثته، وذلك[10] من حق المستأمن[11] أيضاً.

ولو أعتق[12] عبده عند الموت، أو دبر عبده في دار الإسلام، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث؛ لما بينا[13].

وكذلك لو أوصى له[14] مسلم، أو ذمي بوصية جاز؛ لأنه ما دام في دار

---

(٩) قوله: "على الخلاف المعروف إلخ" يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة، فإن أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وإلا فلا. (ع)

(١٠) قوله: "الأصح أنه إلخ" ذكر صاحب الكتاب في "الزيادات" على خلاف هذا، فقال: قال بعضهم: لا يكون بمنزلة الذمية، وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة، فلا تقر على اعتقادها، كذا في "النهاية". (ك)

(١) فصارت كالذمية في صحة الوصية. (غن)

(٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٣) أي دار الإسلام.

(٤) قوله: "جاز" قيل: هذا إذا لم يكن ورثته معه في دار الإسلام، أما إذا كانت ورثته معه يتوقف على إجازتهم، وأشار في الكتاب إلى هذا بقوله: وليس لورثتهم حق إلخ. (ك)

(٥) الوصية بكل المال.

(٦) الحربي المستأمن.

(٧) مستأمن.

(٨) ومن حقه تنفيذ وصيته. (غن)

(٩) قوله: "ولو كان أوصى إلخ" جواب عما يرد على قوله: ويرد الباقي على الورثة، وهو أن يقال: قد قلت: ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب، فكيف يرد عليهم الباقي؟ ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن؛ لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ عن حاجته، والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك. (ع)

قوله: "ولو كان" هذه المسألة مع ما بعدها إلى آخر الباب ذكرت على سبيل التفريع، وإنما هي من مسألة الأصل. (ع)

(١٠) أي الرد.

(١١) لا لحق ورثته. (غن)

(١٢) الحربي المستأمن.

(١٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلخ. (ع)

الإسلام، فهو فى المعلاملات بمنزلة الذمى، ولهذا تصح عقود التمليكات منه[١] فى حال حياته، ويصح تبرعه فى حياته، فكذا بعد مماته[٢].

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف: أنه لا يجوز[٣]؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب[٤]؛ إذ هو على قصد الرجوع، ويمكن منه، ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية.

ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث، أو لبعض ورثته لا يجوز؛ اعتباراً بالمسلمين؛ لأنهم[٥] التزموا[٦] أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات.

ولو أوصى لخلاف ملته جاز؛ اعتباراً بالإرث؛ إذ الكفر كله ملة واحدة، ولو أوصى لحربى فى دار الإسلام[٧] لا يجوز؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين، والوصية أخته، والله أعلم.

باب الوصي[٨] وَمَا يملكه

قال[٩]: ومن أوصى[١٠] إلى رجل، فقبل الوصى فى وجه الموصى[١١]، وردها فى غير وجهه[١٢]، فليس برد؛ لأن الميت مضى[١٣] لسبيله معتمداً عليه، فلو صح

---

(١٤) أى للحربى المستأمن.

(١) أى من الحربى المستأمن.

(٢) قوله: "فكذا بعد مماته" فالوصية تبرع بالتمليك بعد الموت، فيعتبر بالتبرع فى حالة الحياة كالهبة والصدقة، وذلك صحيح من المسلم للمستأمن، فكذا هذا. (غن)

(٣) أى الوصية من المسلم والذمى للمستأمن. (من)

(٤) قوله: "من أهل الحرب" فوصيته من هو من أهل دار الإسلام لمن هو من دار الحرب باطل؛ لأن لتباين الدارين تأثيراً فى قطع العصمة والموالاة. (غاية البيان)

(٥) أهل الذمة.

(٦) قوله: "التزموا إلخ" فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث، والوصية لبعض الورثة لا يجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته، فكذلك لا يجوز من الذمى. (غن)

(٧) قوله: "فى دار الإسلام" يتعلق بقوله: أوصى الحربى أى لو أوصى الذمى فى دار الإسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقةً وحكماً، وكذا لفظ "المبسوط"، ولأن الذمى لو أوصى لحربى فى دار الإسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا، وهو قوله: وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم، أو ذمى بوصية جاز (ك)

(٨) قوله: "باب الوصى إلخ" لما فرغ من بيان الموصى له، شرع فى بيان أحكام الموصى إليه، وهو الوصى؛ لما أن كتاب الوصايا تشبهه، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها، وكثرة وقوعها، فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. (عناية)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(١٠) يقال: أوصى إلى رجل أى جعله وصياً. (غن)

(١١) أى بعلمه. (غن)

رده[١] في غير وجهه في حياته، أو بعد مماته صار مغروراً من جهته[٢]، فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه[٣]، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه[٤]؛ لأنه لا ضرر هناك لأنه[٥] حي قادر على التصرف بنفسه.

فإن ردّها في وجهه فهو ردّ[٦]؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره، وإن لم يقبل[٧] ولم يردّ حتى مات الموصى، فهو بالخيار[٨] إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل؛ لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام، فبقي مخيراً[٩]، فلو أنه باع شيئًا من تركته[١٠]، فقد لزمته[١١]؛ لأن ذلك[١٢] دلالة الالتزام والقبول، وهو معتبرٌ بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصى، وسواء علم بالوصاية، أو لم يعلم.

بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل، فباع حيث لا ينفذ[١٣]؛ لأن الوصاية خلافة؛ لأنه يختص بحال انقطاع[١٤] ولاية الميت، فتنتقل الولاية إليه، وإذا كانت[١٥]

---

(١٢) أي بغير علم الموصى. (غن)

(١٣) أي مات.

(١) الوصى.

(٢) وهو إضرار لا يجوز. (عناية)

(٣) قوله: "بغير عينه" احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه حيث لا يملك عزل نفسه ثمه أيضًا بغير علم الموكل، كما في الوصي؛ لأنه يؤدى إلى تضرير الموكل؛ لأنه يعزل الوكيل نفسه، ويشترى ذلك المعين لنفسه، وفيه ضرر للموكل، ولا يلزم هذا الضرر في غير المعين، كذا في "غاية البيان". (مل)

(٤) الموكل.

(٥) الموكل.

(٦) أي القدورى في "مختصره". (غن)

(٧) ذكره على سبيل التفريع.

(٨) لأنه متبرع بالتصرف في حق الغير، فلا يلزم ذلك بدون قوله: كالوكالة. (غن)

(٩) قوله: "فبقى مخيراً" قيل: كان يجب أن لا يكون مخيراً؛ لأنه لما بلغه الإيصاء، ولم يرده اعتمد عليه الموصى، ولم يوص إلى غيره، وفي ذلك ضرر به، والضرر مدفوع، وأجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول، فلا يبطل الاختيار. (ع)

(١٠) قوله: "فلو أنه باع إلخ" بيان أن القبول يجوز أن يكون دلالة، فإنها تعمل عمل الصريح، إذا لم يوجد صريح يخالفه، لكنه يعتبر ذلك بعد الموت. (عناية)

(١١) قوله: "فقد لزمته" يعنى لو أن الموصى مات، ولم يقبل الوصى حتى باع شيئًا من تركته كان ذلك قبولا منه للوصاية؛ لأن القبول مرة يكون بالدلالة، ومرة يكون بالإيضاح، وهذا بطريق الدلالة. (غن)

(١٢) أي بيع الوصى شيئًا من التركة. (غن)

(١٣) بيعه.

خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة.

أما التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء[١]، وقد بيناه طريق العلم[٢]، وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب[٣].

وإن لم يقبل[٤] حتى مات الموصي، فقال: لا أقبل، ثم قال: اقبل، فله ذلك[٥] إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل؛ لأن بمجرد قوله: لا أقبل لا يبطل الإيصاء؛ لأن في إبطاله[٦] ضررًا بالميت[٧]، وضرر الوصي[٨] في الإبقاء[٩] مجبور بالثواب، ودفع الأول[١٠] وهو[١١] أعلى أولى[١٢] إلا أن القاضي[١٣] إذا أخرجه[١٤] عن الوصاية يصح ذلك[١٥]؛ لأنه مجتهد فيه[١٦]؛ إذ للقاضي ولاية دفع

---

(١٤) أي حال الموت.

(١٥) قوله: "وإذا كانت [الوصاية] إلخ" يعني لما كانت خلافة كالإرث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث، وإذا صح البيع صار لازمًا حكمًا لنفاذ البيع، فلا يملك رده بعد ذلك. (ك)

(١) لا يصح من غير علم.

(٢) قوله: "وقد بيناه إلخ" يعني أن العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد، حرًا كان أو عبدًا، عدلا كان أو فاسقًا، رجلا كان أو امرأةً، صبيًا كان أو بالغًا، وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقًا، وعند أبي حنيفة يشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر الاثنين، أو بخبر الواحد العدل. (غن)

(٣) أي في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي.

(٤) قوله: "وإن لم يقبل إلخ" يعني أن الوصي إذا سكتَ في حياة الموصي، ثم بعد مماته قال: لا أقبل، فهو وصي إن لم يخرجه القاضي حين، قال: لا أقبل. (عناية)

(٥) قوله: "فله ذلك" وفي قول زفر: لا يجوز قبوله بعد ما رد؛ لأنه لما رد فقد بطل التفويض، وإذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك. (غن)

(٦) بمجرد قول الوصي: لا أقبل. (غن)

(٧) لأنه مات معتمداً عليه. (عن)

(٨) قوله: "وضرر الوصي إلخ" هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الوصية بقوله: لا أقبل، يلزم الضرر بالوصي في بقاء الإيصاء ولزومه؛ لأنه يعجز عن القيام بذلك. (غاية البيان)

(٩) أي إبقاء الإيصاء.

(١٠) أي دفع الضررين، وهو ضرر الميت.

(١١) الواو حالية.

(١٢) لأن ضرر الميت ليس بمجبور. (غن)

(١٣) قوله: "إلا أن القاضي إلخ" استثناء من قوله: فله ذلك. (ك)

(١٤) حين قال: لا أقبل. (غن)

(١٥) إخراج.

الضرر[١]، وربما يعجز[٢] عن ذلك[٣]، فيتضرر ببقاء الوصاياة. فيدفع[٤] القاضى الضرر عنه[٥]، وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه، فيندفع الضرر من الجانبين[٦]، فلهذا ينفذ إخراجه[٧]، فلو قال: بعد إخراج القاضى إياه[٨] اقبل لم يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي.

قال[٩]: ومن أوصى إلى عبد[١٠]، أو كافر[١١]، أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية، ونصب غيرهم، وهذا اللفظ[١٢] يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج يكون بعدها.

وذكر محمد فى "الأصل"[١٣] أن الوصية باطلة، قيل[١٤]: معناه فى جميع هذه الصور[١٥] أن الوصية ستبطل[١٦].

وقيل: فى العبد معناه باطل[١٧] حقيقةً لعدم ولايته[١٨]، واستبداده[١٩]، وفى

(١٦) قوله: "لأنه [أى لأن الموضع موضع الاجتهاد؛ إذ الرد صحيح عند زفر. ك] مجتهد فيه" أى لأن قضاء القاضى صح لوقوعه فى المجتهد فيه، فلما صح القضاء بطلت الوصية، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح. (غاية البيان)

(١) عن الناس. (ك)

(٢) الوصى.

(٣) أى عن انصرام حكم الوصاية.

(٤) قوله: "فيدفع" فينفذ قضاءه، ويبطل الإيجاب، فلا يعتبر القبول بعده. (ك)

(٥) الوصى.

(٦) الوصى والميت.

(٧) القاضى.

(٨) الوصى.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غ)

(١٠) قوله: "إلى عبد" أى إلى عبد غيره لقوله: بعده لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى. (ك)

(١١) ذمى، أو مستأمن، أو حربى. (ع)

(١٢) أى لفظ القدورى. (ع)

(١٣) مبسوط.

(١٤) القائل: الفقيه أبو الليث فى "شرحه للجامع الصغير". (غ)

(١٥) الثلاث.

(١٦) قوله: "ستبطل [بإخراجه القاضى عنها. ع]" يدل عليه ما ذكر فى "الإيضاح"، ولو تصرف العبد قبل أن يخرجه القاضى، نفذ تصرفه؛ لأنه أهل التصرف لكن يخرجه القاضى للمعنى الذى ذكرناه، وهو أن منافع بدنه مستحقة للمولى، فلا يجوز الصرف إلى ورثة الموصى، وقبل الإخراج الوصاية باقية، فتنفذ تصرفه. (كفاية)

(١٧) وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى فى "شرح الكافى". (غ)

غيره معناه ستبطل.

وقيل: في الكافر باطل أيضًا لعدم ولايته على المسلم، ووجه الصحة، ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد[1] حقيقةً، وولاية الفاسق[2] على أصلنا[3]، وولاية الكافر في الجملة[4]، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى، وتمكنه من الحجر بعدها[5]، والمُعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم، واتهام الفاسق بالخيانة، فيخرجه القاضي[6] من الوصاية، ويقيم غيره مقامه إتمامًا للنظر، وشرط في "الأصل"[7] أن يكون الفاسق مخوفًا عليه[8] في المال، وهذا يصلح[9] عذرًا في إخراجه، وتبديله بغيره

قال[10]: ومن أوصى إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبار لم تصح الوصية؛ لأن للكبير[11] أن يمنعه[12]، أو يبيع نصيبه[13]، فيمنعه المشتري[14]، فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية، فلا يفيد[15] فائدته، وإن كانوا[16] صغارًا كلهم، فالوصية إليه جائزة عند

(١٨) قوله: "لعدم ولايته" إشارة إلى ما قبل الإجازة واستبداده إلى ما بعدها. (عناية)

(١٩) قوله: "واستبداده" أي ولعدم استبداده بنفسه؛ لأن منافعه لمولاه، فالظاهر أنه يمنعه من التبرع بها على غيره، فكذلك بعد إجازة المولى لا يصح وصايته أيضًا؛ لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد، فلا يتعلق به اللزوم. (ك)

(١) فإن العبد أهل التصرف، ولهذا جاز توكيلا. (ع)

(٢) فإنه يجوز شهادته وقضاءه.

(٣) أي الحنفية.

(٤) قوله: "ولاية الكافر" أي على المسلم في الجملة، وهو ما إذا اشترى عبدًا مسلمًا، فإنه يصح شراءه، ويثبت له الملك فيه، والولاية عليه إلا أنه يجبر على البيع، والجبر على البيع لا يشعر بعدم الولاية. (ك)

(٥) الإجازة.

(٦) أي فيخرج كل واحد منهم.

(٧) المبسوط.

(٨) يقال: طريق مخوف راه بيم ناك بيم. (من)

(٩) قوله: "وهذا إلخ" أي كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته يصلح عذرًا في إخراج الفاسق عن الوصاية، وجعل غيره وصيًا مكانه؛ لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله، وأولاده بعده بالحفظ والصيانة، وبالخيانة يرتفع الصيانة، فلا يحصل الغرض من الصيانة. (غن)

(١٠) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١١) فإن الوارث الكبير يلي على العبد. (عن)

(١٢) عن انصرام مقتضى الوصاية.

(١٣) من العبد.

(١٤) من انصرام مقتضى الوصاية.

(١٥) الوصاية.

أبي حنيفة، ولا تجوز عندهما، وهو القياس.

وقيل: قول محمد مضطرب[١] فيه يروى مرةً مع أبي حنيفة، وتارةً مع أبي يوسف، وجه القياس أن الولاية منعدمة[٢]؛ لما أن الرق ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك[٣] على المالك[٤]، وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب[٥] لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه[٦] تجزئتها؛ لأنه[٧] لا يملك بيع رقبته، وهذا نقض الموضوع[٨].

وله أنه مخاطب[٩] مستبد[١٠] بالتصرف، فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن[١١] كانوا ملاكًا[١٢] ليس لهم ولاية المنع، فلا منافاة، وإيصاء المولى إليه يؤذن[١٣] بكونه ناظراً لهم، وصار[١٤] كالمكاتب، والوصاية[١٥] قد

---

(١٦) الورثة.

(١) قوله: "مضطرب" ولنا في هذا الفصل نظر؛ لأن الكبار الثقات المتقدمين على صاحب "الهداية" كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف رحمه الله بلا اضطراب كالطحاوي في "مختصره"، والكرخي في "مختصره"، والحاكم الشهيد في "مختصره"، وأبي الليث في "كتاب نكت الوصايا"، والقدوري في "التقريب"، وشمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي"، وصاحب "المنظومة" فيها، وفي شرحها. (غن).

(٢) في عبد نفسه.

(٣) أي العبد، والمملوك لا يلي على مولاه. (غن)

(٤) أي الورثة.

(٥) فكل ما تولاه الأب تولاه الوصي.

(٦) أي هذه الوصية، وهي وصية عبده على الورثة الصغار. (ع)

(٧) العبد.

(٨) قوله: "وهذا نقض الموضوع" لأن الوصي إنما يملك الولاية من الموصي، وولايته لا تتجزأ، إذ لا يقال: إن ولايته في بعض دون بعض، فلو ثبت التجزئ في ولاية الموصى، ثبت في ولاية الموصي، لكنه غير متجزئ، فكان عائداً على موضوعه بالنقض. (عناية)

(٩) احتراز عن الصبي والمجنون، فإن الإيصال إليهما لا يجوز لعدم الخطاب. (غن)

(١٠) قوله: "مستبد" احتراز عن الإيصاء إلى عبد الغير، فإنه لا استبداد له في التصرف، وعن الإيصاء إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبير؛ لأن للكبير أن يبيع نصيبه منه، فلا يبقى حينئذ للعبد الاستبداد بنفسه، وأما فيما نحن فيه، فلا يملك بيعه أحد، فكان مستبداً بالتصرف، وفي "الأسرار": فإن قيل: للقاضي ولاية البيع في هذه المسألة، قلنا: إذا ثبت الإيصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) جمع مالك.

(١٣) لأن العاقل يختار الأمين الشفيق على ما خلفه.

(١٤) قوله: "وصار" أي الإيصاء إلى العبد القن كالإيصاء إلى المكاتب، فذلك يجوز، فكذا هذا. (غن)

تتجزأ على ما هو المروى عن أبى حنيفة، أو نقول: يصار إليه كى لا يؤدى إلى إبطال أصله[١]، وتغييرُ الوصف[٢] لتصحيح الأصل أولى.

قال[٣]: ومن يعجز عن القيام بالوصية، ضمّ إليه القاضى غيره؛ رعاية لحق الموصى والورثة[٤]، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته[٥]، ونقص كفايته، فيتم النظر بإعانة غيره.

ولو[٦] شكا[٧] إليه الوصى ذلك[٨] لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة؛ لأن الشاكى قد يكون كاذبًا تخفيفًا على نفسه، وإذا ظهر عند القاضى عجزه[٩] أصلا[١٠] استبدل به[١١] رعاية للنظر من الجانبين

ولو كان[١٢] قادرا على التصرف أمينًا فيه ليس للقاضى أن يخرجه[١٣]؛ لأنه لو اختار غيره، كان[١٤] دونه؛ لما أنه كان مختار الميت ومرضيه، فإبقاءه أولى، ولهذا[١٥]

---

(١٥) قوله: "والوصاية إلخ" جواب سؤال بسبيل المنع عن قولهما: وفى اعتبار هذه تجزئتها بأن يقال: لا، نسلم إن الوصاية لا تتجزأ، ولهذا روى الحسن عن أبى حنيفة فيما إذا أوصى إلى رجلين، أحدهما فى العين، والآخر فى تقاضى الدين يكون كل واحد منهما وصيًا فيما أوصى إليه خاصة، ولئن سلمنا أن الوصاية لا تتجزأ على ما هو الظاهر عن أبى حنيفة حيث يكون كل واحد منهما وصيًا فى العين والدين جميعًا، فنقول: إنما صرنا إلى تتجزئ الإيصاء كى لا يبطل أصل الإيصاء؛ لأنا لو لم نجوز التجزئ يبطل الإيصاء أصلا، وفيه إلغاء كلام العاقل، فلا يجوز الإلغاء ما أمكن، وتغيير وصف الإيصاء أولى من تغيير أصل الإيصاء، فكان تغيير الوصف أحق. (عن)

(١) أى أصل التصرف، وهو نصف عبده وصيًا على الصغار. (م)

(٢) قوله: "وتغييرُ الوصف إلخ" يعنى فإن قيل: يفضى إلى تغيير وصفه، وهو جعله متجزئًا بعد أن لم يكن، قلنا: تغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى من هدره بالكلية. (م)

(٣) أى القدورى فى "مختصره".

(٤) قوله: "رعاية إلخ" فرعاية حق الموصى فى إبقاء الأول وصيًا لتصرف الموصى، ورعاية حق الورثة فى ضم الآخر إليه. (ك)

(٥) وعدم خيانة.

(٦) ذكره تفريعًا على مسألة المختصر. (غن).

(٧) أى إذا لم يظهر ذلك عنده، لكن شكى إليه إلخ.

(٨) أى عجزه عن التصرف.

(٩) عن القيام عن الوصية.

(١٠) قطعا.

(١١) قوله: "استبدل به" فلو ظهر عند الموصى فى حياته عجزه استبدل به، فكذلك من قام مقامه فى النظر، وهو القاضى. (عن)

(١٢) الوصى.

(١٣) الوصى.

قدم على أب الميت مع وفور شفقته، فأولى أن يقدم على غيره.

وكذا[1] إذا شكا الورثة، أو بعضهم الوصى إلى القاضى، فإنه لا ينبغى له[2] أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة؛ لأنه[3] استفاد الولاية[4] من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة، فالميت إنما نصبه وصيا لأمانته، وقد فاتت، ولو كان[5] فى الإحياء لأخرجه[6] منها[7]، فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له.

قال[8]: ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبى حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا فى أشياء معدودة[9] نبينها إن شاء الله تعالى.

وقال أبو يوسف[10]: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف فى جميع الأشياء؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية[11]، وهي وصف شرعى لا تتجزأ، فيثبت لكل منهما كملا

---

(١٤) الغير.

(١٥) قوله: "ولهذا" أى ولأجل أن وصى الميت مختار الميت، قدم على أب الميت فى التصرف، فبالطريق الأولى أن يقدم الوصى على وصى القاضى الذى هو غير الميت. (عن)

(١) هذه أيضاً ذكرت تفريعاً. (غن)

(٢) أى للقاضى من الوصى.

(٣) الوصى.

(٤) والشاكى قد يكون ظالماً فى شكواه. (غن)

(٥) الموصى.

(٦) الوصى.

(٧) وصاية.

(٨) أى القدورى فى "مختصره".

(٩) قوله: "إلا فى أشياء معدودة" وإنما قال: إلا فى أشياء معدودة لاختلاف العلماء فيها، فذكر فى "الأسرار" ستة من تجهيز الميت، وقضاء الدين بجنس حقه، وشراء ما لا بد منه للصغير، وبيع ما يسرع إليه الفساد، ورد الغصب والوديعة والخصومة، وذكر فى "الجامع الصغير" لقاضى خان ثمانية: وهى الستة المذكورة فى "الأسرار"، وتنفيذ الوصية، وقبول الهبة، وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة، ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس الأموال الضائعة، فيعدان واحداً لئلا يزيد على ما نص عليه من الثمانية، والذى ذكره المصنف أكثر من ذلك. (ع)

(١٠) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" روى عن أبى القاسم الصفار أن هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى الميت إلى كل واحد منهما بعقد على حدة، فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف، قال الفقيه أبو الليث: هذا أصح، وبه أخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد منهما على الانفراد، وحكى عن أبى بكر الإسكاف أن الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً، أو متفرقاً، وجعل فى "المبسوط"، هذا أصح؛ لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت، وعنده يثبت الوصية لهما معاً، فلا فرق بين الافتراق والاجتماع، بخلاف الوكالة.(عناية)

(١١) قوله: "لأن الوصاية إلخ" أى الوصاية إنما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصى إلى الوصى، لا بطريق الإنابة بدليل أن الإيصاء يتم بقوله: أوصيت مطلقاً، ولو كان بطريق الإنابة لم يصح إلا بالتنصيص على ما هو المقصود

كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة.

وإنما تتحقق[١] إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذى كان ثابتًا للموصى، وقد كان[٢] بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة[٣]، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما.

ولهما أن الولاية[٤] تثبت بالتفويض، فيراعى وصف التفويض، وهو وصف الاجتماع؛ إذ هو شرط مفيد، وما رضي الموصى إلا بالمثنى، وليس الواحد كالمثنى.

بخلاف الأخوين فى الإنكاح؛ لأن السبب هنالك القرابة[٥]، وقد قامت[٦] بكل منهما كَمَلا، ولأن الإنكاح حق مستحق لها[٧] على الولى حتى لو طالبته بإنكاحها من كُفْء يخطبها يجب عليه، وههنا حق التصرف للوصى، ولهذا يبقى[٨] مخيرًا فى التصرف، ففى الأول أوفى[٩] حقًا على صاحبه فصح، وفى الثانى استوفى[١٠] حقًا لصاحبه، فلا يصح أصله الدين الذى[١١] عليهما[١٢]، ولهما

كالوكيل، فإنه لو قال: وكلتك، لا يملك التصرف ما لم يذكر ما ذا فوض إليه من التصرف، وكذا لو قال: جعلتك حاكمًا، لا يملك تنفيذا لقضاء ما لم يبين له ذلك، وههنا لما صح الإيصاء إليه مطلقًا، عرفنا أنه إثبات الولاية بطريق الخلافة، والدليل عليه أن أوان ولايته بعد زوال ولاية الموصى، والولاية إذا ثبت لاثنين شرعًا، ثبت لكل واحد منهما كملا على الانفراد كالأخوين فى ولاية الإنكاح، فكذا إذا ثبت شرطًا، وهذا لأن الولاية لا تحتمل التجزئ؛ لأنها عبارة عن القدرة الشرعية، والقدرة لا تتجزأ، بخلاف التوكيل والتقليد فى الحكومة. (ك)

(١) الخلافة.

(٢) للموصى.

(٣) على الورثة.

(٤) أى ولاية تصرف الوصى.

(٥) الأخوة.

(٦) القرابة.

(٧) المرأة.

(٨) الوصى.

(٩) قوله: "ففى الأول [أى الإنكاح] أوفى [أى أو فى أحد الأخوين حقًا واجبًا على صاحبه. عن] إلخ" يعنى در صورت تزويج صغيره اگر يكى از دو برادر صغيره تزويج آن نمايد ادا مى كند حقى را كه بر ذمهٔ برادر ديگر ست پس صحيح خواهد شد. (ترجمه)

(١٠) قوله: "وفى الثانى [أى الإيصاء] استوفى [استوفى أحد الوصيين حقًا لصاحبه. غن] إلخ" أى در صورت وصيت مذكوره اگر تصرف كند يكى از دو وصى لازم آيد كه استيفا نمايد حق وصى ديگر را پس صحيح نخواهد شد. (ترجمه)

(١١) قوله: "أصله الدين الذى إلخ" اگر دين يك كس بر ذمهٔ دو كس باشد وادا كند يكى ازانها نصيب ديگرى را صحيح مى شود واگر دين دو كس بر ذمهٔ يك كس باشد ويكى ازانها استيفا نمايد نصيب ديگرى را صحيح نمى

بخلاف الأشياء المعدودة؛ لأنها من باب الضرورة، لا من باب الولاية، ومواضع الضرورة مستثناة أبدًا، وهي ما استثناه في الكتاب[١] وأخواتها، فقال: إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه؛ لأن في التأخير فساد الميت، ولهذا[٢] يملكه الجيران[٣] عند ذلك[٤]، وطعام الصغار وكسوتهم؛ لأنه يخاف موتهم[٥] جوعًا وعريانًا[٦].

ورد الوديعة بعينها[٧]، ورد المغصوب، والمشترى شراء فاسدًا، وحفظ الأموال، وقضاء الديون[٨]؛ لأنها ليست من باب الولاية[٩]، فإنه يملكه[١٠] المالك[١١]، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه، وحفظ المال يملكه من يقع في يده، فكان[١٢] من باب الإعانة، ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي، وتنفيذ وصية بعينها[١٣]، وعتق عبد بعينه؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي.

شود. (ترجمه)

(١٢) قوله: "عليهما ولهما" أي الدين إذا كان على رجلين، فأدى أحدهما ما على الآخر صح، وإن كان الدين لرجلين، فاستوفى أحدهما نصيب الآخر لا يصح. (عن)

(١) أي القدوري.

(٢) قوله: "ولهذا يملكه إلخ" أي لأجل أن في تأخير الكفن فساد الميت يملك الجيران التكفين. (عن)

(٣) وإن لم يكن لهم ولاية. (عن)

(٤) التأخير.

(٥) فيكون من باب الضرورة. (غن)

(٦) بالضم: برهنه.

(٧) احتراز عن الوديعة اختلطت بماله بغير صنعه كالمكيل والموزون.

(٨) أي بجنس حقه. (ك)

(٩) قوله: "لأنها [أي هذه الأمور] ليست من باب الولاية" أي الولاية المستفادة من الموصي؛ لتحققها من غير من أوصى إليه. (ع)

(١٠) قوله: "فإنه يملكه إلخ" أي أن من له الدين يملك أخذه، فليس التسليم من الولاية في شيء، وكذلك تسليم الوديعة، وكذلك رد المغصوب؛ لأن من له الحق يملك أيضًا. (عن)

(١١) قوله: "المالك" أي مالك الوديعة والمشترى والمغصوب إذا ظفر يأخذ من غير رضاه. (مل)

(١٢) هذا الحفظ.

(١٣) قوله: "وتنفيذ وصية إلخ" أي كذلك تنفيذ الوصية بشيء بعينه، إذا كان يخرج من الثلث، فللموصى له أن يأخذه، وكذلك لأحدهما أن يعينه على ذلك بالتسليم.

قال في "شرح الطحاوي": وكذلك لأحدهما أن ينفذ الوصايا المعينة، أو ينفذ الوصية من جنس ذلك المال الذي أوصى به نحو ما إذا أوصى بدراهم الرجل، فأدى أحدهما تلك الوصية من الدراهم، أو كان ثيابًا، فأدى من جنس تلك الثياب من حيث إنه لا يحتاج إلى التصرف، فإنه يجوز أداءه، فأما إذا احتاج إلى بيع شيء حتى يؤدي من ثمنه الوصية، فإن ذلك البيع لا يجوز إلا بإذن صاحبه، كذا ذكره الإمام الإسبيجابي. (غاية البيان)

والخصومة في حق الميت[١]؛ لأن الاجتماع[٢] فيها[٣] متعذر، ولهذا يتفرد بها أحد الوكيلين.

وقبول الهبة؛ لأن في التأخير خيفة الفوات، ولأنه يملكه الأم، والذي في حجره، فلم يكن من باب الولاية، وبيع ما يخشى عليه التوى[٤] والتلف؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى، وجمع الأموال الضائعة[٥]؛ لأن في التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من وقع في يده، فلم يكن من باب الولاية[٦].

وفي "الجامع الصغير"[٧]: وليس لأحد الوصيين أن يبيع، أو يتقاضى، والمراد بالتقاضي الاقتضاء[٨]، كذا كان المراد منه في عرفهم، وهذا لأنه[٩] رضي بأمانتهما جميعًا في القبض، ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف، فكان من باب الولاية.

ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد[١٠]، قيل[١١]: يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين؛ إذا وكل كل واحد على الانفراد، وهذا لأنه لما أفرد، فقد رضي برأي الواحد.

وقيل[١٢]: الخلاف في الفصلين واحد؛ لأن وجوب الوصية[١٣] عند الموت،

---

(١) على رجل.

(٢) قوله: "لأن الاجتماع إلخ" كأحد الوكيلين بالخصومة يتفرد بها أحدهما، فأحد الوصيين أولى، لأن ولاية الوصي أعم، ولهذا كان للوصي أن يوصي إلى غيره، بخلاف الوكيل ليس له أن يوكل غيره. (عن)

(٣) للشغب في مجلس القضاء.

(٤) هلاك.

(٥) المتفرقة.

(٦) ألا ترى أن الجيران يفعلون كذلك. (غ)

(٧) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه، بل هو على الاختلاف. (عناية)

(٨) قوله: "والمراد بالتقاضي الاقتضاء [أي القبض. غ]" أي القبض في عرفهم، فيكون على الخلاف، وفي عرفنا يراد به الطلب، فيملكه كل واحد منهما. (ك)

(٩) الموصي.

(١٠) أي بعقد على حدة، ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما. (ع)

(١١) القائل: أبو القاسم الصفار، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث.

(١٢) القائل: أبو بكر الإسكاف. (عن)

(١٣) قوله: "لأن وجوب إلخ" لأن وجوب الوصية يكون عند الموت، فتثبت الوصية لهما جميعًا، بخلاف الوكالة، وقد يوصي الإنسان إلى غيره على ظن أنه يتمكن من إتمام مقصوده وحده، ثم يتبين له عجزه عن ذلك، فيضم

بخلاف الوكيلين؛ لأن الوكالة تتعاقب، فإن مات[1] أحدهما[2] جعل القاضي مكانه وصيًا آخر.

أما عندهما، فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف[3]، فيضم القاضي إليه وصيًا آخر؛ نظرًا للميت عند عجزه.

وعند أبي يوسف الحي منهما وإن[4] كان يقدر على التصرف، فالموصي قصد أن يخلفه متصرفًا في حقوقه، وذلك[5] ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت.

ولو أن الميت[6] منهما[7] أوصى إلى الحي، فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر؛ لأن رأي الميت باقٍ[8] -حكمًا برأي من يخلفه.

وعن أبي حنيفة[9] أنه[10] لا ينفرد[11] بالتصرف؛ لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره؛ لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى، كما رضيه المتوفى[12].

إليه غيره، فكان بمنزلة الوصية إليهما معًا، بخلاف الوكيلين، فإن رأي الموكل قائم هنالك، وإذا عجز الوكيل يتمكن الموكل من المباشر بنفسه، فلم يكن قصده إلى ضم الثاني إلى الأول، وإنما كان قصده إنابة كل واحد منهما منابه بالانفراد. (ك)

(١) قوله: "فإن مات [ذكره بسبيل التفريع على مسألة المختصر. غن] إلخ" هذا متصل بأول الكلام. (ع)

(٢) أي أحد الوصيين. (غن)

(٣) لأن أحد الوصيين لا يتفرد بالتصرف. (غن)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أي مقصود الموصي.

(٦) ذكره بسبيل التفريع أيضًا. (غن)

(٧) أي من الوصيين.

(٨) قوله: "لأن رأي الميت باق إلخ" فالميت لما أوصى إلى صاحبه، فقد رضي بتصرفه، فصار فعله كفعلهما جميعًا، ألا ترى أنهما لو كانا حيين، فإذن أحدهما لصاحبه أن يبيع ويشتري، ففعل جاز فعله في قولهم جميعًا، فكذلك ههنا. (غن)

(٩) برواية الحسن.

(١٠) أي الحي.

(١١) قوله: "أنه لا ينفرد" يعني أن الميت رضي برأي الاثنين، ولم يرض برأي أحدهما، وفي اجتماع رأيهما منفعة؛ لأن الميت قصد أن يكون ماله بتدبير الاثنين؛ لكي يكون كل واحد منهما رقيبا على صاحبه، فإذا مات أحدهما، فقد فات ذلك المعنى، فلا يجوز أن يكون ماله بتدبير إنسان واحد. (عن)

(١٢) الموصي.

وإذا مات الوصى[1]، وأوصى إلى آخر، فهو وصيه فى تركته[2]، وتركة الميت الأول عندنا.

وقال الشافعي: لا يكون وصيّاً[3] فى تركة الميت الأول؛ اعتباراً بالتوكيل[4] فى حالة الحياة، والجامع[5] بينهما أنه[6] رضي برأيه، لا برأى غيره.

ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة[7] إليه، فيملك[8] الإيصاء إلى غيره كالجد.

ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى فى المال، وإلى الجد فى النفس[9]، ثم الجد قائم مقام الأب[10] فيما انتقل إليه.

فكذا الوصى[11]، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له[12] ولايته، وعند الموت[13] كانت له[14] ولاية فى التركتين، فينزل الثانى منزلته[15] فيهما؛ ولأنه[16] لما

---

(١) ذكره بسبيل التفريع أيضاً. (عن)

(٢) قوله: "فهو وصيه في تركته إلخ" هذا إذا أطلق، أما إذا قال: جعلته وصى ما أتركه صار وصيّاً فى تركته، وتركة موصيه فى ظاهر الرواية؛ لأن تركة موصيه تركته أيضاً، وعند أبي يوسف ومحمد يصير وصيّاً فى تركة الموصى فقط؛ لأنه نص عليه. (ك)

(٣) قوله: "لا يكون وصيّاً" لأن الميت فوض إليه التصرف، ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملك. (ت)

(٤) قوله: "بالتوكيل" ثم التوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره، فكذا الوصي لا يجوز له أن يوصى إلى غيره. (غن)

(٥) أي بين التوكيل والإيصاء.

(٦) أي أن الميت الأول.

(٧) من الميت بطريق الخلافة. (غن)

(٨) الوصي.

(٩) قوله: "وإلى الجد في النفس" يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار، واستيفاء القصاص للجد، فكذا الوصي فيما انتقل إليه؛ لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائما حكماً، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل. (عناية)

(١٠) قوله: "قائم مقام الأب [لأنه خلف عنه. عن] إلخ" الأب كان له ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقامه، فكذلك الجد له ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقامه، وكذلك الموصي كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه، وبإقامة غيره مقامه، فكذلك الوصي لقيامه مقامه. (كفاية)

(١١) لأنه خلف عن الميت. (غن)

(١٢) أي للوصي.

(١٣) قوله: "وعند الموت إلخ" أي عند موت الموصى كان للوصي ولاية فى التركتين أى تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول إليه، وتركة موصيه، أما فى تركة موصيه، فباعتبار الوصاية إليه، فينزل الثاني منزلته فيهما. (عناية)

(١٤) أي للموصي.

(١٥) أي منزلة الوصى الأول.

استعان به[١] في ذلك[٢] مع علمه[٣] أنه قد تعتريه المنية[٤] قبل تتميم مقصوده بنفسه، وهو تلافي ما فرط منه[٥]، صار[٦] راضياً بإيصاءه[٧] إلى غيره.

بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره[٨]، والإيصاء إليه[٩].

قال[١٠]: ومقاسمة الوصي[١١] الموصى له عن الورثة[١٢] جائزة، ومقاسمته الورثة عن الموصى له[١٣] باطلة؛ لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب[١٤]، ويرد عليه[١٥] به[١٦]، ويصير مغروراً بشراء المورث[١٧]، والوصي خليفة الميت أيضاً،

---

(١٦) قوله: "ولأنه [الموصي]" أي لا نسلم أنه لم يرضَ برأي من أوصى إليه الوصي؛ لأنه إلخ.

(١) أي بالوصي.

(٢) أي في تدارك ما فرط منه.

(٣) الموصي.

(٤) الموت.

(٥) قوله: "تلافي ما فرط منه" أي تدارك ما سبق من الميت من القصور، ولو قال: ما فرط فيه بالتشديد كان أولى أي ما قصر فيه. (عن)

(٦) الموصي.

(٧) الوصي.

(٨) أي غير الوكيل الأول.

(٩) أي إيصاء الوكيل الأول إلى الغير عند موته. (عن)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) قوله: "ومقاسمة إلخ" رجل أوصى إلى رجل، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، وله ورثة صغار، أو كبار غيب، فقاسم الوصي الموصى له نائباً عن الورثة، وأعطاه الثلث، وأمسك الثلثين للورثة، فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار إن كانوا صغاراً، وفي المنقول إن كانوا كباراً حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء، وأما إذا كان الوارث كبيراً حاضراً، وصاحب الوصية غائباً، فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له، فأعطى الورثة حقهم، وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له، صغيراً كان أو كبيراً، حاضراً كان أو غائباً في المنقول والعقار جميعاً حتى لو هلك في يد الموصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغاراً كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً، أما إذا كانوا كباراً، فليس له بيع العقار عليهم، وله ولاية بيع المنقول، فكذا القسمة؛ لأنها نوع بيع، ووجه المسألة ما ذكره في الكتاب، وحاصله أن الورثة، والوصي كلاهما خلف عن الميت، فيجوز أن يكون الوصي خصماً عنهم وقائم مقامهم، وأما الموصى له، فليس بخليفة عن الميت من كل وجه، فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصماً عنه وقائماً مقامه في نفوذ القسمة عليه. (ف)

(١٢) أي نيابة عن الورثة. (ك)

(١٣) أي نيابة عنه. (ك)

(١٤) أي فيما اشتراه المورث.

فيكون[١] خصما عن الوارث[٢] إذا كان[٣] غائبًا، فصحت[٤] قسمته عليه[٥] حتى لو حضر[٦]، وقد[٧] هلك ما في يد الوصي ليس له[٨] أن يشارك الموصى له.

أما الموصى له، فليس بخليفة عن الميت من كل وجه؛ لأنه[٩] ملكه بسبب جديد[١٠]، ولهذا لا يرد بالعيب[١١]، ولا يرد عليه[١٢]، ولا يصير مغروراً بشراء الموصى[١٣]، فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي؛ لأن القسمة[١٤] لم تنفذ[١٥] عليه غير أن الوصي لا يضمن[١٦]؛ لأنه أمين فيه.

---

(١٥) أي فيما إذا باعه المورث. (ك)

(١٦) أي بالعيب.

(١٧) قوله: "ويصير مغروراً [حتى يصير الولد حراً بالقيمة] بشراء إلخ" فإنه إذا اشترى جارية فمات، ثم استولدها الوارث، ثم استحقت الجارية، فإنه يرجع على بائع الميت، ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها الوارث من آخر، والمسألة بحالها، فإن المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه؛ لأنه ليس بخليفة عن بائعه، حتى يكون غروره كغروره. (ع)

(١) الوصي.

(٢) قوله: "عن الوارث" لأن من كان خليفة لأحد كان خليفة لمن قام مقامه، فصار تصرفه كتصرفه إذا كان غائبًا. (ك)

(٣) الوارث.

(٤) قوله: "فصحت قسمته إلخ" لأن ولايته نافذة على الصغار، وعلى حفظ مال الكبار، والموصى له خصم، والقسمة بين الخصمين نفذت. (ك)

(٥) أي على الوارث.

(٦) أي الوارث. (عن)

(٧) الواو للحال.

(٨) أي الوارث.

(٩) موصى له.

(١٠) أي الوصية.

(١١) فيما اشتراه الموصي.

(١٢) فيما باعه الموصي.

(١٣) قوله: "ولا يصير [حتى لا يصير الولد حراً بالقيمة] مغروراً إلخ" حتى لو كان الموصى به جارية، فاستولدها الموصى له، ثم استحقت، أخذها المستحق وولدها، ولا يصير الولد حراً بالقيمة بحكم الغرور، بخلاف الوارث. (ك)

(١٤) أي قسمة الوصي. (عن)

(١٥) لأنه لا ولاية للوصي عليه. (ك)

(١٦) قوله: "غير أن الوصي إلخ" جواب سؤال، تقريره إذا كانت القسمة غير صحيحة، كان تصرفه غير مشروع، فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه. (ع)

وله ولاية الحفظ[١] في التركة، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي؛ لأن الموصى له شريك الوارث، فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة، ويبقى ما بقي على الشركة.

قال: فإن قاسم الورثة[٢] وأخذ نصيب الموصى له، فضاع[٣] رجع الموصى له بثلث ما بقي؛ لما بينا[٤].

قال[٥]: وإن كان الميت[٦] أوصى بحجة، فقاسم الورثة[٧]، فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي[٨]، وكذلك إن دفعه[٩] إلى رجل ليحج عنه[١٠]، فضاع[١١] في يده. وقال أبو يوسف: إن كان[١٢] مستغرقًا للثلث لم يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام الثلث[١٣].

وقال محمد: لا يرجع بشيء[١٤]؛ لأن القسمة حق الموصى، ولو أفرز الموصى بنفسه مالا؛ ليحج عنه، فهلك لا يلزمه شيء، وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيّه الذي قام مقامه.

---

(١) قوله: "وله ولاية الحفظ إلخ" فيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه، إذا كان ما أفرزه للورثة في يده لما أن الحفظ إنما يتصور في ذلك، أما لو سلمه إليهم، فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع. (ف)

(٢) قوله: "فإن قاسم [الوصي] الورثة إلخ" كان معلومًا مما سبق من كلامه، ولكن ذكره لكونه لفظ "الجامع الصغير". (عناية)

(٣) ذلك النصيب.

(٤) إشارة إلى قوله: لأن القسمة لم تنفذ عليه. (عناية)

(٥) أي في "الجامع الصغير".

(٦) قوله: "وإن كان إلخ" رجل مات وترك أربعة آلاف درهم، وأوصى أن يحج عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم، فأخذ الوصي ألفا، ودفعها إلى الذي يحج عنه، فسرقت في الطريق، قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة، وهو ألف درهم، فإن سرقت ثانيًا، يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى وهكذا، وقال أبو يوسف: يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال، وذلك ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون، وثلث درهم، فإن سرقت ثانيًا لا يؤخذ مرة أخرى، وقال محمد: إذا سرقت الألف الأولى بطلت الوصية، فلا يؤخذ منه مرة أخرى. (عناية)

(٧) وهو الثلث المفرز. (عن)

(٨) من ماله.

(٩) الثلث. (عن)

(١٠) أي عن الميت. (عن)

(١١) قوله: "فضاع" أي فضاع في يد الرجل الذي دفع إليه الثلث ليحج عن الميت. (عن)

(١٢) أي الهالك أي قد يحصل الحج. (عن)

(١٣) أي وإن لم يكن الهالك مستغرقًا للثلث. (عن)

(١٤) أي لا يعطى مرة أخرى. (عن)

ولأبي يوسف أن محل الوصيّة الثلث، فيجب تنفيذها ما بقى محلّها، وإذا لم يبقَ بطلت لفوات محلّها.

ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها، بل لمقصودها، وهي تأدية الحج، فلم تعتبر دونه[١]، وصار كما إذا هلك قبل القسمة، فيُحجّ بثلث ما بقى، ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة؛ إذ لا قابض لها، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم، فصار كهلاكه قبلها.

قال[٢]: ومن أوصى بثلث ألف درهم، فدفعها[٣] الورثةُ إلى القاضى، فقسمها[٤]، والموصى له غائب، فقسمته جائزة[٥]؛ لأن الوصية صحيحة[٦]، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثًا لورثته[٧]، والقاضى نصب ناظراً[٨] لا سيما فى حق الموتى[٩] والغُيّب[١٠]، ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضُه، فنفذ ذلك[١١]، وصح حتى لو حضر الغائب وقد[١٢] هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيلٌ.

قال[١٣]: وإذا باع الوصى عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء، فهو جائز؛

---

(١) أى دون أداء الحج.

(٢) أى فى "الجامع الصغير".

(٣) ألف.

(٤) القاضى ألفًا.

(٥) قوله: "فقسمته جائزة" ذكر الإمام المحبوبى بأن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن؛ لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفذ أحد الشريكين بأخذ نصيبه من غير قضاء، ولا رضاء، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز؛ لأن القسمة فيه معنى المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز، فكذا قسمته قلت وضع المسألة فى الدراهم، وهى مما توزن. (ع)

(٦) قوله: "لأن الوصية صحيحة" قال الفقيه العتابى فى "شرحه للجامع الصغير": والوصية للغائب صحيحة؛ لأن قبوله ليس بشرط. (عن)

(٧) الموصى له.

(٨) لأمور المسلمين.

(٩) لعجزهم عن التصرف بأنفسهم. (عن)

(١٠) جمع غائب.

(١١) قوله: "فنفذ ذلك" والفرق بين القاضى حيث جازت مقاسمته على الموصى له، وبين الوصى حيث لم يجز مقاسمته على الموصى له أن للقاضى ولاية على الغائب فيما ينفعه، ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف، فكان قسمته كقسمة الموصى له، والوصى لا يملك بيع شيء من مال الموصى له، فلم يكن له ولاية عليه أصلاً، فلم ينفذ قسمته. (عن)

(١٢) الواو حالية.

لأن الوصي قائم مقام الموصى، ولو تولّى[١] حيّا بنفسه يجوز بيعه[٢] بغير محضر من الغرماء وإن[٣] كان في مرض موته، فكذا إذا تولاه[٤] من قام مقامه، وهذا لأن حقّ الغرماء متعلّق بالمالية، لا بالصورة، والبيعُ لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف، وهو الثمن، بخلاف العبد المديون[٥]؛ لأن للغرماء حقّ الاستسعاء أما ههنا فبخلافه.

قال[٦]: ومن أوصى بأن يُباع عبدُه، ويُتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصى، وقبض الثمن، فضاع في يده، فاستحقّ العبد ضمن الوصى[٧]؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشترى منه ما رضى ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم فقد أخذ الوصيّ البائع مال الغير بغير رضاه[٨]، فيجب عليه ردّه.

ويرجع[٩] فيما ترك الميت؛ لأنه عاملٌ له[١٠]، فيرجع عليه كالوكيل[١١]، وكان أبو حنيفة يقول أولا: لا يرجع[١٢]؛ لأنه ضمن بقبضه، ثم رجع[١٣] إلى ما ذكرنا[١٤]، ويرجع في جميع التركة.

وعن محمد أنه يرجع في الثلث؛ لأن الرجوع بحكم الوصية[١٥]، فأخذ

---

(١٣) أي في "الجامع الصغير". (عن)

(١) البيع.

(٢) يعني إذا باع بمثل قيمته.

(٣) الواو وصلية.

(٤) البيع.

(٥) قوله: "بخلاف العبد إلخ" أي بخلاف العبد المأذون المديون حيث لا يبيعه مولاه، أو وصيّه بغير محضر من الغرماء؛ لأن لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه، فيكون البيع مبطلا لحقهم، فلهم أن يبطلوا البيع، وههنا حق الغرماء في الثمن لا غير، فيكون البيع محققا لحقهم لا مبطلا، فكان بيع الوصي بمحضر من الغرماء، وغير محضر منهم سواء. (عن)

(٦) أي في "الجامع الصغير". (ثن)

(٧) أي الثمن للمشترى. (غن)

(٨) قوله: "بغير رضاه" لأن رضا المشترى بأخذ الوصي الثمن إنما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم. (ك)

(٩) بما ضمن.

(١٠) للميت.

(١١) يرجع على الموكل بما ضمن.

(١٢) قوله: "لا يرجع [في مال الميّت بشيء. عن]" أي لا يرجع الوصي على أحد؛ لأنه ضمن بقبضه أي لأنه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام، ولم يكن عاملا للورثة، فلا يرجع عليهم بشيء. (كفاية)

(١٣) الإمام.

(١٤) أي أنه يرجع.

حكمها، ومحلّ الوصية الثلث، وجه الظاهر أنه يرجع عليه[١] بحكم الغرور، وذلك دين عليه[٢]، والدين يقضى من جميع التركة.

بخلاف القاضي أو أمينه[٣]، إذا تولّى البيع حيث لا عهدة عليه؛ لأن في إلزامها[٤] القاضي تعطيل القضاء؛ إذ يتحامى[٥] عن تقلّد هذه الأمانة[٦]؛ حذرا عن لزوم الغَرَامة[٧]، فتتعطل مصلحةُ العامة، وأمينه[٨] سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي؛ لأنه بمنزلة الوكيل، وقد مر[٩] في كتاب القضاء، فإن كانت التركة قد هلكت، أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء[١٠]، كما إذا كان على الميت دين آخر.

قال[١١]: وإن قسم الوصي الميراث، فأصاب صغيراً من الورثة عبدٌ فباعه، وقبض الثمن فهلك[١٢]، واستحق العبد رجع في مال الصغير[١٣]؛ لأنه عامل له، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه.

قال[١٤]: وإذا احتال[١٥] الوصي بمال اليتيم[١٦]، فإن كان خيراً لليتيم جاز، وهو

---

(١٥) قوله: "لأن الرجوع بحكم الوصية" لأن البيع كان لتنفيذ الوصية، فكان حكمه حكم الوصية، والوصية تنفذ من الثلث عليه. (كفاية)

(١) قوله: "أنه يرجع إلخ" أي أن الوصي يرجع على الميت على تركته بحكم أن الميت غره بقوله: إن هذا ملكي؛ لأنه لما أمره ببيع عبده، وتصدق ثمنه على المساكين كان قائلا: إن هذا العبد ملكي، فكان الوصي مغروراً من جهته، وكان ذلك الضمان ديناً على الميت، والدين يقضى من جميع التركة، كذا ذكره الإمام قاضي خان. (ك)

(٢) أي على الميت.

(٣) قوله: "بخلاف القاضي أو أمينه" إذا تولى البيع، فاستحق العبد، أو مات، وقد ضاع الثمن في يده حيث لا يرجع المشتري على القاضي أو أمينه؛ لأنه لا عهدة عليهما. (غاية البيان)

(٤) العهدة.

(٥) تحامى: خود را نگاه داشتن. (م)

(٦) أي القضاء.

(٧) بالفتح: تاوان زده شدن وآنچه اداى آن لازم باشد. (م)

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "وقد مر" أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب أدب القاضي. (ك)

(١٠) قوله: "لم يرجع بشيء" أي لا على الورثة، ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت، فصار كما إذا كان على الميت دين آخر، وذكر في "الذخيرة" محالا إلى "المنتقى": أن الوصي يرجع على المساكين، والقياس هكذا؛ لأن غنم تصرف الوصي عاد إليهم، فالغرم يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية "الجامع الصغير"، ووجه رواية "الجامع الصغير" أن الميت أصل في غنم هذا التصرف، وهو الصواب، والفقير تبع له. (ع)

(١١) أي في "الجامع الصغير". (غ)

(١٢) الثمن بيده.

(١٣) بما ضمن للمشتري.

أن يكون[1] أملأ[2]؛ إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول[3] أملأ لا يجوز؛ لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه[4].

قال[5]: ولا يجوز بيع الوصى، ولا شراءه إلا بما يتغابن الناس فى مثله؛ لأنه لا نظر فى الغبن الفاحش[6]، بخلاف اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، ففى اعتباره[7] انسداد بابه[8].

والصبى المأذونُ والعبد المأذونُ والمكاتب يجوز بيعهم، وشراءهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية[9]، والإذن فك الحجر.

بخلاف الوصى؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً، فيتقيد بموضع النظر[10]، وعندهما لا يملكونه؛ لأن التصرف بالفاحش منه تبرع، لا ضرورة فيه، وهم ليسوا من أهله[11]، وإذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة، وكتاب الشراء على حدة؛ لأن ذلك أحوط[12].

ولو كتب[13] جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادتَه فى آخره من غير تفصيل،

---

(١٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) حواله قبول كرد.

(١٦) أى بدين اليتيم على رجل.

(١) المحتال عليه.

(٢) قوله: "أملأ [أى أقدر على الأداء من المحيل المديون]" مَلُؤَ الرجل مَلاءة: توانگر ومالدار ونيكو معامله گرديد. (من)

(٣) قوله: "وإن كان الأول [المديون] إلخ" وإن كانا سواء ذكر أنه لا يجوز، كذا ذكره الإمام المحبوبى، وفى "الذخيرة" وإن كان الثانى مثل الأول فى الملاء، فقد اختلف المشايخ فيه، وأشار فى الكتاب إلى أنه لا يجوز. (ك)

(٤) قوله: "على بعض الوجوه" وهو أنه إذا لم يكن مَليئًا يتأخر الأداء، والتأخير إتلاف من وجه. (ك)

(٥) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٦) قوله: "الفاحش" وأصح ما قيل: فى الفرق بين الغبن الفاحش واليسير أن ما يدخل تحت تقويم المقومين، فهو غبن يسير، وما لا يدخل، فهو فاحش. (نهاية)

(٧) أى اعتبار التحرز عن اليسير.

(٨) أى باب الوصاية.

(٩) قوله: "لأنهم يتصرفون [فصاروا كالحر البالغ فى تصرفهم. غن] إلخ" أى يتصرفون بأهليتهم، لا بأمر المولى؛ لأن الإذن فك الحجر، فلم يكن تصرفهم نيابةً عن أحد، بخلاف الوصى.

(١٠) ولا نظر فى إتلاف المال. (غن)

(١١) تبرع.

(١٢) قوله: "لأن ذلك أحوط" أنه لو كتب كتابًا واحدًا، أو جمع بين الوصية والشرى، ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة عسى أن يشهد بجميع ذلك، فيكون شاهد زور. (ك)

فيصير ذلك حملاً[1] له على الكذب، ثم قيل: يكتب[2] اشترى من فلان ابن فلان، ولا يكتب من فلان وصى فلان؛ لما بينا[3]، وقيل: لا بأس بذلك؛ لأن الوصاية تعلم ظاهراً.

قال[4]: وبيع الوصى على الكبير الغائب[5] جائز فى كل شىء إلا فى العقار[6]؛ لأن الأب يلى ما سواه[7]، ولا يليه[8]، فكذا[9] وصيه فيه، وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضًا؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير[10] إلا أنا استحسناه؛ لما أنه[11] حفظٌ لتسارع الفساد[12] إليه، وحفظ الثمن أيسر، وهو[13] يملك الحفظ، أما العقار، فمحصَنٌ[14] بنفسه، قال: ولا يتجر[15] فى المال؛ لأن المفوّض

---

(١٣) قوله: "ولو كتب جملة" بأن كتب اشترى من فلان وصي فلان، وأشهد عليه قوما، وفيهم من لم يشهد على الإيصاء، فربما يشهد بالكل، فيكون حملا له على الكذب، وهذا لأنه قلما يتفق أن يكون الشهود على الأمرين فريقًا واحداً. (كافى)

(١) أى باعثا له.

(٢) أى القاضى أو المشترى. (غ)

(٣) إشارة إلى قوله: لأن ذلك أحوط. (ع)

(٤) أى فى "الجامع الصغير". (ع)

(٥) قوله: "الغائب" قيد بالغيبة؛ لأنهم إذا كانوا حضوراً ليس للوصى التصرف فى التركة أصلا، لكن يتقاضى ديون الميت، ويقبض حقوقه، ويدفع إلى الورثة إلا إذا كان على الميت دين، أو أوصى بوصيته، ولم يقض الورثة الدين، ولم ينفذوا الوصية من مالهم، فإنه يبيع التركة. (عناية)

(٦) قوله: "إلا فى العقار" استثنى العقار فى حق الكبير الغائب، أما فى حق الصغير يملك بيع العقار أيضًا، وهذا جواب السلف، وأما جواب المتأخرين أنه إنما يجوز بأحد شروط ثلاثة، أما أن يرغب المشترى فيه بضعف القيمة، أو للصغير حاجة إلى ثمنها، أو بأن يكون على الميت دين، ولا وفاء له إلا به، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى. (ك)

(٧) أى ما سوى بيع العقار.

(٨) أى بيع العقار على ولده الكبير.

(٩) لأنه يقوم مقامه. (زيلعى)

(١٠) قوله: "لأنه لا يملكه الأب إلخ" فيه صورة التناقض لقوله: لأن الأب يلى ما سواه، ويقضى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية، ويملكه بجهة الحفظ والنظر. (ك)

(١١) أى بيع غير العقار.

(١٢) لأن المنقول مما يخشى عليه التلف. (غ)

(١٣) الوصى.

(١٤) قوله: "فمحصَن [أى محفوظ، لا يخشى عليه التلف. ع]" فلا حاجة فيه إلى البيع، ولو كان عليه دين بيع العقار، ثم إن كان الدين مستغرقًا باع كله بالإجماع، وإن لم يكن مستغرقًا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى أكثر من ذلك، وعند أبى حنيفة جاز له بيع كله؛ لأنه يبيعه بحكم الولاية، فإذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل؛ لأنها لا تتجزأ، ولو خيف هلاكه يملك بيعه؛ لأنه تعين حفظه كالمنقول، والأصح أنه لا يملك؛ لأنه نادر. (زيلعى)

إليه الحفظ دون التجارة.

وقال أبو يوسف ومحمد[١]: وصى الأخ فى الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الأب فى الكبير الغائب[٢]، وكذا وصى الأم ووصى العم، وهذا الجواب فى تركة هؤلاء[٣]؛ لأن وصيهم قائم مقامهم، وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ، فكذا وصيّهم، قال[٤]: والوصى[٥] أحق بمال الصغير من الجدّ.

وقال الشافعى: الجدّ أحقّ؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث، فيقدم على وصيّه.

ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه[٦]، فكانت ولايتُه قائمةً معنى، فيقدم[٧] عليه[٨] كالأب نفسه[٩]، وهذا لأن اختياره الوصيَّ مع علمه بقيام الجدّ يدل على أن تصرفه[١٠] انظر لبنيه من تصرف أبيه. فإن لم يوصِ الأبُ، فالجدّ بمنزلة الأب؛ لأنه أقرب الناس إليه، وأشفقهم عليه حتى ملك الإنكاح دون الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الأب فى التصرف؛ لما بيناه[١١]

---

(١٥) الوصى.

(١) لا خلاف فى هذه المسألة، وإنما خص ذكرهما فى "الجامع الصغير". (من)

(٢) يعنى أن وصيه يملك بيع العروض، ولا يملك بيع العقار. (عن)

(٣) قوله: "وهذا الجواب فى تركة هؤلاء" وقيد به؛ لأن الوصى كالموصى وهم لا يملكون إلا الحفظ، فكذا وصيهم، فإن كان للصغير مال، لا من تركتهم لا يملك وصيهم حفظه؛ لأن ولاية الحفظ مقصورة على تركة الموصى. (ك)

قوله: "فى تركة هؤلاء" يعنى الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء؛ لأن وصى هؤلاء فيما ترك الأب ليس كوصى الأب فى الكبير الغائب، فإن وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار، والمنقول فى ذلك سواء؛ لأنه قائم مقام الأم، فإنها فى حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير، فكذلك وصيها، وأما ما ورثه الصغير من الأم، فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار؛ لأن له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية، أما إذا كان، فإن كان مستغرقًا، فله بيع الكل، ودخل بيع العقار تحت ولايته؛ لأن بيع العقار طريق قضاء الدين، وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقًا بيع بقدر الدين، وأما بيع الزيادة على قدر الدين، فعلى الاختلاف المار، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصى الأخ والعم؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير فى المال كذلك لا ولاية للأخ، والعم عليه. (عناية)

(٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٥) أى وصى الأب.

(٦) الوصى.

(٧) الوصى.

(٨) الجد.

(٩) يقدم على الجد.

(١٠) الوصى.

فصل في الشهادة[١]

قال[٢]: وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما، فالشهادة باطلة[٣]؛ لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما.

قال[٤]: إلا أن يدعيها[٥] المشهود له، وهذا[٦] استحسان، وهو في القياس[٧] كالأول؛ لما بينا من التهمة.

وجه الاستحسان أن للقاضي[٨] ولاية نصب الوصي ابتداء، أو ضمّ آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما، فتسقط بشهادتهما مؤُنة[٩] التعيين عنه[١٠]، أما الوصاية تثبت بنصب القاضي.

قال[١١]: وكذلك[١٢] الابنان، معناه إذا شهدا[١٣] أن الميت أوصى إلى رجل، وهو[١٤] ينكر؛ لأنهما[١٥] يجرّان إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظٍ للتركة.

---

(١١) إشارة إلى قوله: إن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه. (عن)

(١) قوله: "فصل في الشهادة" إنما أخر ذكر الشهادة في الوصية؛ لكونها عارضية فيها غير أصلية؛ لأن الأصل عدم العارض. (عن)

(٢) في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) أي أنكر فلان الوصاية.

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) الوصاية.

(٦) أي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية. (ك)

(٧) قوله: "وهو في القياس إلخ" أي قبول شهادتهما لآخر أنه وصي معهما إذا ادعى المشهود له، وذلك استحسان، وفي القياس لا تقبل الشهادة، كما إذا أنكر المشهود له ذلك، وهذا معنى قوله: كالأول. (غن)

(٨) قوله: "أن للقاضي إلخ" فإن قيل: إذا كان للميت وصيّان، فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة، فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت الشبهة فيه، قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الوصيين، والموصى لهما والوارثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمه وصي، وهناك تقبل الشهادة، فكذا ههنا. (كفاية)

(٩) مشقة.

(١٠) أي عن القاضي.

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) قوله: "وكذلك [أي باطلة]" معطوف على المستثنى منه، وهو قوله: فالشهادة باطلة. (عناية)

(١٣) أي الابنان.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) ابنين.

ولو شهدا يعني الوصيين لوارثٍ صغيرٍ بشيء من مال الميت، أو غيره[1]، فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يُظهِران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به[2].

قال[3]: وإن شهدا لوارثٍ كبير في مال الميت لم يجز، وإن كان في غير مال الميت جاز، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: إن شهدا لوارثٍ كبير تجوز[4] في الوجهين؛ لأنه لا يثبت[5] لهما ولايةُ التصرف في التركة، إذا كانت الورثة كباراً، فعريت[6] عن التهمة.

وله أنه يثبت، لهما ولاية الحفظ[7]، وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث، فتحققت التهمة.

بخلاف شهادتهما[8] في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته، لا في غيرها[9].

قال[10]: وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم، وشهد الآخران[11] للأولين[12] بمثل ذلك جازت شهادتهما، وإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم[13] لم تجز، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو

---

(١) أي غير مال الميت.

(٢) قوله: "لأنهما يُظهِران إلخ" أي أنهما شهدا لأنفسهما بحق التصرف، فبطلت الشهادة، كما أن الرجلين يشهدان أن لنا، ولهذا المدعي على هذا ألف درهم، فالشهادة باطلة؛ لأن شهادة المتهم لا يقبل، وشهادة الخصم لا يقبل، فكذلك ههنا. (عن)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "تجوز" أي تجوز شهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت، وفي غير مال الميت. (عن)

(٥) بهذه الشهادة.

(٦) الشهادة.

(٧) لأن حفظ مال الميت إليهما في حق الكبير إذا غاب. (عن)

(٨) قوله: "بخلاف شهادتهما [الوصيين] إلخ" لأن الوصي إنما صار خصماً بقبول الوصاية فيما هو من جملة الميراث، وأما فيما هو للوارث الكبير على الأجنبي، لا بطريق الإرث هو كأجنبي آخر. (ك)

(٩) أي لا في غير تركته.

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) المشهود لهما.

(١٢) الشاهدين.

(١٣) مرسلة.

يوسف: لا تقبل[١] في الدين أيضًا.

وأبو حنيفة فيما ذكر الخصّاف[٢] مع أبي يوسف[٣]، وعن أبي يوسف مثل[٤] قول محمد. وجه القبول أن الدين[٥] يجب في الذمة[٦]، وهي قابلة لحقوق شتى، فلا شركة[٧]، ولهذا لو تبرّع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حقُّ المشاركة.

وجه الرد[٨] أن الدين بالموت يتعلّق بالتركة[٩]؛ إذ الذمة خربت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما[١٠] حقَّه من التركة يشاركه الآخر فيه، فكانت الشهادة مثبتةً حق الشركة[١١]، فتحققت التهمة[١٢].

بخلاف حال حياة المديون؛ لأنه في الذمة لبقاءها[١٣]، لا في المال، فلا يتحقق الشركة.

---

(١) الشهادة.

(٢) في آداب القاضي. (عن)

(٣) قوله: "مع أبي يوسف [يعني لا تقبل شهادة عند أبي حنيفة في الدين أيضًا، كما قال أبو يوسف]" أي لا يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر، لا في حق الدين، ولا في الوصية بألف درهم.

وقوله: وعن أبي يوسف مثل قول محمد أي تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الدين، ولا يجوز في حق الوصية بألف درهم، فصار عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، وعن أبي يوسف كذلك، وعن محمد رواية واحدة. (ك)

(٤) قوله: "مثل" يعني لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة في الدين أيضًا، كما قال أبو يوسف (عن)

(٥) قوله: "أن الدين" فكل فريق إنما يشهد للفريق الآخر بالدين في ذمة الميت، ولو شهدا بذلك في حياته كانت الشهادة مقبولة، فكذا إذا شهدا به بعد موته، وهذا لأن الدين بالموت لا يتحول من الذمة إلى التركة، ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط شيء من الدين. (عن)

(٦) قوله: "يجب في الذمة إلخ" بخلاف الوصية؛ لأن الحق بالوصية لا يثبت في الذمة، وإنما يثبت في العين، فصار المال مشتركا بينهم. (عن)

(٧) فوقعت الشهادة لغير الشاهد. (عن)

(٨) أي رد الشهادة.

(٩) فصار بمنزلة الوصايا المشتركة. (عن)

(١٠) فريقين.

(١١) قوله: "مثبتة إلخ" فشهادة كل فريق يلاقي محلا مشتركا، فهو نظير مسألة الوصية بالثلث، وهذا لأن المقصود من إثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة، وباعتبار المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه. (عن)

(١٢) قوله: "فتحققت التهمة" لا يقال: إن لهما في هذه الشهادة مضرة، وهو أن لا تسع التركة حق الفريقين، فينتقص حقهما بالشركة؛ لأنا نقول: هذا توهم عسى يتحقق، وعسى لا يتحقق، ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة، فيرد الشهادة لهذا. (ك)

(١٣) ذمة.

قال[1]: ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته، وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق؛ لأنه لا شركة[2]، فلا تهمة[3]. ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله، وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله، فالشهادة باطلة[4]. وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بالعبد، وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله، فهى باطلة؛ لأن الشهادة فى هذه الصورة مثبتة[5] للشركة.

كتاب الخنثى[6]

فصل في بيانه[7]

قال[8]: وإذا كان[9] للمولود فرج وذكر، فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر، فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج، فهو أنثى؛ لأن النبى عليه السلام سئل عنه[10] كيف يورث، فقال*: «من حيث يبول»[11]، وعن على رضى الله عنه مثله[12]**، ولأن البول من أىّ عضو كان، فهو دلالة على أنه هو العضو

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) فى المشهود به.

(٣) قوله: "لأنه لا شركة إلخ" لأن كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما فى محل لا شركة لهما فى ذلك المحل. (عن) اللهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه والديهم أجمعين آمين ثم آمين يا ربّ العالمين

(٤) قوله: "فالشهادة باطلة" وهذا لأن الثلث مشترك بين الموصى لهم، فشهادة كل فريق لاقت محلا مشتركًا بين المشهود له والشاهد. (عن)

قوله: "باطلة" لأنهما أوجبا شركة لأنفسهما فيما شهدا به للآخرين، وكذلك أى شهدا للآخرين بألف مرسلة أيضًا. (ك)

(٥) لأنهم يشتركون فى ثلث العبد. (غن)

(٦) قوله: "كتاب الخنثى" أخر كتاب الخنثى لوقوع الخنثى نادرًا؛ لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة، أما آلة المرأة، واجتماع الآلتين فى شخص واحد فى غاية الندرة، لكن قد يقع ذلك، فيحتاج إلى بيان حكمه، فلأجل هذا أخره عن سائر الكتب.

(٧) قوله: "فصل فى بيانه [أى بيان الخنثى. عن]" فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما، وههنا لم يتقدم شيء، فما وجه ذكر الفصل؟

قلت: كلامه فى قوة أن يقال: هذا الكتاب فيه فصلان، فصل فى بيان الخنثى، وفصل فى أحكامه. (ع)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٩) الظاهر أن الواو الواقع فى أول الكلام للاستئناف. (عناية)

(١٠) أى عن مولود له قبل وذكر. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٧، والدراية ج٢ ص٢٩٥، الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

(١١) رواه ابن عدى فى "الكامل" عن ابن عباس. (ت)

(١٢) قلت: رواه عبد الرزاق فى "مصنفه" فى الفرائض. (ت)

الأصلي الصحيح[١]، والآخر بمنزلة العيب، وإن بال منهما، فالحكم للأسبق[٢]؛ لأن ذلك دلالة أخرى[٣] على أنه هو العضو الأصلي.

وإن كانا في السبق على السواء، فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة، وقالا: ينسب إلى أكثرهما بولا؛ لأنه[٤] علامة قوة ذلك العضو، وكونه عضوا أصليا، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع، فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس تدل على القوة؛ لأنه قد يكون[٥] للاتساع[٦] في أحدهما، وضيقٍ في الآخر، وإن كان يخرج منها[٧] على السواء، فهو مشكل بالاتفاق؛ لأنه لا مرجح.

قال[٨]: وإذا بلغ الخنثى، وخرجت لحيته، أو وصل إلى النساء، فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، أو كان له ثدي مستوٍ؛ لأنّ هذه من علامات الذُكران[٩]. ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة، أو نزل له لبن في ثديه، أو حاض، أو حبل، أو أمكن الوصول إليه من الفرج، فهو امرأة؛ لأن هذه من علامات النساء، وإن لم يظهر[١٠] إحدى هذه العلامات، فهو خنثى مشكل، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم[١١].

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٧، والدراية ج٢ ص٢٩٥ تحت الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

(١) قوله: "على أنه هو العضو إلخ" وذلك لأن ما يقع به الفصل بين الذكر والأنثى عند الولادة الآلة، وذلك في الآدمي، وفي سائر الحيوانات، وعند انفصال الولد من الأم منفعة تلك الآلة خروج البول منها، وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالا، فإذا كان يبول من مبال الرجل عرفنا أن الآلة هذه، والآخر زيادة بمنزلة الخرق في البدن، وإن كان يبول من مبال النساء عرفنا أن الآلة هذه، وإن الآخر بمنزلة ثؤلول في البدن. (ك)

(٢) قوله: "فالحكم للأسبق" لأن السبق من أسباب الترجيح، فدل السبق على أنه هو المجرى الأصلي، وخروجه بعد ذلك من موضع آخر انصراف عن المجرى لعلة، أو عارض، فلا يلتفت إليه. (عن)

(٣) قوله: "دلالة أخرى" والفقه فيه أنه حين وجد الأول لم يكن له معارض، فأخذ اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم، والثاني يعارضه الأول حين وجوده، فترجح السابق. (م)

(٤) أي كثرة البول.

(٥) الكثرة.

(٦) فإن مخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال. (عن)

(٧) قوله: "وإن كان إلخ" أي إذا كان بوله في الخروج، والكثرة على السواء، كان مشكلا بالاتفاق، وفي "شرح الطحاوي": وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر الأكثر منهما، فإن استويا في الكثرة، قالوا جميعًا: لا علم لنا به. (ك)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٩) قوله: "لأن هذه من علامات الذُكران [جمع ذكر محركة: مرد خلاف زن]" وقوله في ذلك: مقبول؛ لأنه أمر في باطنه لا يعلمه غيره، وقول الإنسان: مقبول فيما يخبر عما في باطنه عما لا يعلمه غيره. (عن)

(١٠) بعد البلوغ. (غن)

(١١) بأن ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة. (ك)

فصل فى أحكامه[١]

قال رضى الله عنه: الأصلُ فى الخنثى[٢] المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق فى أمور الدين، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته.

قال[٣]: وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء[٤]؛ لاحتمال أنه امرأة، فلا يتخلل الرجال كى لا تفسد صلاتهم، ولا النساء[٥] لاحتمال أنه رجل، فيفسد صلاته.

فإن قام في صف النساء، فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته[٦]؛ لاحتمال أنه رجل، وإن قام في صف الرجال، فصلاته تامة، ويُعيد الذى عن يمينه[٧]، وعن يساره، والذى خلف بحذاءه صلاتهم احتياطًا؛ لاحتمال أنه امرأة.

---

(١) قوله: "فصل فى أحكامه" لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل؛ لأن غير المشكل: إما أن يكون رجلا أو امرأة، وحكم كل واحد منها معلوم، ذكر فى هذا الفصل أحكامه، فقال: الأصل فى الخنثى المشكل، ولم يقل: المشكلة؛ لأنه لم يعلم تذكيره وتأنيثه، والأصل هو الذكر؛ لأن حواء خلقت من ضلع آدم. (ع)

قوله: "فى أحكامه" أى أحكام الخنثى المشكل، وهو الذى لم يظهر فيه إحدى علامات، أو تعارضت العلامات، تذكير الضمير الراجع إلى الخنثى لتغليب الذكر على الأنثى؛ لأن فيه جهة الذكورة وجهة الأنوثة. (غن)

(٢) قوله: "فى الخنثى" فإن قلت: يستنبط من قوله تعالى: ﴿يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور﴾ إن الله تعالى قسم الحيوانات على هذين القسمين، فمن أين الخنثى المشكل، قلت: الخنثى المشكل ليس بذكر، ولا أنثى عندنا، وأما عند الله تعالى فهو داخل فى أحدهما، قال الإمام الرازى فى تفسيره فى تفسير سورة والليل: التقسيم بالذكر والأنثى يشمل جميع ذوى الأرواح الذين هم أشرف المخلوقات، وأما الخنثى، فهو بنفسه لابد أن يكون إما ذكرًا أو أنثى، بدليل أنه لو حلف بالطلاق أنه لم يلقَ فى هذا اليوم لا ذكر، أو لا أنثى، وكان قد بقى خنثى، فإنه يحنث فى يمينه، انتهى كلامه، وقال الجلال المحلى فى تفسيره: الخنثى المشكل عندنا ذكر أو أنثى عند الله، فيحنث بتكليمه من حلف لا يكلم ذكرًا، ولا أنثى، وفى حواشى سليمان الجمل عليه؛ لأن الله لم يخلق من ذى الأرواح إلا ذكرًا أو أنثى، والخنثى إنما هو مشكل عندنا خلافًا لأبى الفضل الهمدانى فى ما حكاه وجها أنه ثالث النوعين. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٤) أى خلف صف الرجال، وأمام صف النساء. (عن)

(٥) أى لا يتخلل النساء.

(٦) قوله: "فأحب إلخ" إنما قال: استحباب إعادة الصلاة دون الوجوب؛ لأن المسقط، وهو الأداء معلوم، والمفسد ومحاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم، فللتوهم أحب له أن يعيد الصلاة، كذا فى "المبسوط" وذكر فى "الذخيرة"، فإن قام فى صف النساء، فصلى، قال: أحب إلى أن يعيد صلاته؛ لأنه صبى أو صبية، فإن كانت صبية يجزئها صلاتها، ويحتمل أن يكون صبيًا، فيفسد صلاته، فيؤمر بالإعادة تخلقًا واحتياطًا، فإن لم يعد، فلا شيء عليه إن كان مراهقًا، وإن كان بالغًا، وكان مشكلا حاله يلزمه الإعادة حتما، وإيجابًا؛ لأنه ذكر أو أنثى، فإن كان أنثى لا تلزمها الإعادة، وإن كان ذكرًا كان عليه الإعادة، فيجب عليه الإعادة احتياطًا. (ك)

(٧) قوله: "ويعيد الذى إلخ" وفى "المبسوط": والمراد بالإعادة الإعادة على طريق الاستحباب؛ لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل فى حقهم موهوم، ومبنى العبادة على الاحتياط، فيستحب لهم أن يعيدوا صلاتهم لهذا. (ك)

قال[١]: وأحب إلينا[٢] أن يصلي بقناع[٣]؛ لأنه يحتمل أنه امرأة[٤]، ويجلس في صلاته جلوسَ المرأة؛ لأنه إن كان رجلا، فقد ترك سنة، وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة، فقد ارتكب مكروهًا؛ لأن الستر على النساء واجب ما أمكن.

وإن صلى بغير قناع إمرته أن يعيد؛ لاحتمال أنه امرأة، وهو على الاستحباب[٥]، وإن لم يعد أجزأه. وتُبتاع[٦] له أمة تختنه إن كان له مال؛ لأنه يباح لمملوكته[٧] النظرُ إليه، رجلا كان أو امرأة، ويكره أن يختنه رجلٌ؛ لأنه عساه أنثى، أو تختنه امرأةٌ؛ لأنه لعله رجل، فكان الاحتياط فيما قلنا.

وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمةً من بيت المال؛ لأنه أعد لنوائب[٨] المسلمين، فإذا ختنته باعها ورَد ثمنها في بيت المال؛ لوقوع الاستغناء عنها.

ويكره له في حياته[٩] لبس الحليّ والحرير، وأن يتكشف قدّام الرجال[١٠]، أو

---

(١) قوله: "قال إلخ" لفظ "قال" لم يقع في موقعه؛ لأنه إنما يقول: بلفظ "قال" إذا كانت المسألة مذكورة في البداية مسنداً للفعل إما إلى محمد، وإما إلى القدوري، وهذه لم يذكر في "البداية"، وإنما هي من مسائل "الأصل". (غن)

(٢) يعني إذا كان مراهقًا، وأما إذا بلغ بالسن، فذلك واجب.

(٣) قوله: "بقناع" قناع -بالكسر- پرده پوشش كه بر بالاى مقنعه باشد، كذا في "المنتخب"، ومقنعه -بكسر الدال- بر سر افگندن زنان، كذا في "منتهى الأرب"، وفي "مؤيد الفضلاء": قناع -بالكسر- شامه بزرگ أى دامنى.

(٤) فتؤمر بالتقنع في صلاتها، وإن كان رجلا، فالتقنع لا يمنع جواز صلاته. (عن)

(٥) قوله: "وهو على الاستحباب" أى الأمر بإعادة الصلاة إذا صلى بغير قناع على الاستحباب؛ لأن الفساد موهوم، والمسقط، وهو الأداء معلوم. (ك)

قوله: "الاستحباب [لأن فساد الصلاة بلا قناع موهوم، فللتوهم استحب له أن يعيد الصلاة. عن]" يعني إذا كان غير بالغ، وأما إذا بلغ بالسن، ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء، فالإعادة واجبة. (ع)

(٦) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(٧) قوله: "لأنه يباح إلخ" هذا التعليل وإن كان صحيحًا في حق الرجل، فاسد في حق المرأة؛ لأن الأمة في النظر إلى سيدتها كالأجنبيات، والأولى في التعليل ما ذكر في "الذخيرة" لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى، فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكرًا، فهذا نظراً لمملوكة إلى مالكها، وإن كان الخنثى أنثى، فإنه نظراً لجنس إلى الجنس، وإنه مباح حالة العذر. (ك)

(٨) حوائج.

(٩) قوله: "ويكره له [ذكره على سبيل التفريع، وهي من مسائل "الأصل". عن] إلخ" وقوله: في حياته لا يفيد زيادة فائدة؛ لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس، ومن ذكر اختصاص الكراهة، وبعد الموت الإلباس، والكراهة للملبس إلا أنه اتبع لفظ "المبسوط"، وإنما وقع في لفظ "المبسوط" ذلك، وذلك لأن لبس الحلي والحرير لا يحل للرجال، ويباح للمرأة، فكان الاحتياط في تركه لبسه كي لا يكون واقعاً في الحرام إن كان رجلا. (ك)

(١٠) قوله: "وأن يتكشف قدام الرجال [ذكرها على سبيل التفريع أصلا. غن]" لاحتمال أنه امرأة، أو قدام النساء لاحتمال أنه رجل، وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه، لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء

قدّام النساء، وأن يخلو به[١] غير محرم من رجل، أو امرأة، أو يسافر من غير محرم[٢] من الرجال توقّيًا[٣] عن احتمال المحرّم.

وإن أحرم[٤] وقد راهق قال أبو يوسف: لا علم لي في لباسه؛ لأنه إن كان ذكرًا يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه[٥]. وقال محمد: يلبس لباس المرأة؛ لأن ترك لبس المخيط وهي[٦] امرأة أفحش من لبسه[٧] وهو[٨] رجل، ولا شيء عليه؛ لأنه لم يبلغ، ومن حلف[٩] بطلاق، أو عتاق، إن كان أول ولد تلدينه[١٠] غلامًا، فولدت خنثى لم يقع[١١] حتى يستبين أمر الخنثى؛ لأن الحنث لا يثبت بالشك[١٢]. ولو قال: كل عبد لي حرّ، أو قال: كل أمة لي حرّة، وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره؛ لما قلنا[١٣]. وإن قال القولين جميعًا[١٤]: عتق[١٥]

العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضًا، ولكن المراد أن يكون في إزار واحد، وفي نظر المرأة إلى المرأة روايتان. (ك)

(١) قوله: "وإن يخلو به [ذكرها على سبيل التفريع. عن] إلخ" وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»، فإذا خلا الخنثى برجل، فمن الجائز أنه امرأة، فيكون هذا خلوة رجل بامرأة أجنبية، وإن خلا بامرأة، فمن الجائز أنه ذكر خلا بأجنبية، والمراهقة في المنع من هذه الخلوة كالبالغة؛ لأن المنع لخوف الفتنة. (عن)

(٢) قوله: "أو يسافر[ثلاثة أيام فصاعدا. عن] إلخ" قيد بقوله: من الرجال؛ لأنه يكره أن يسافر معه امرأة، محرما كان أو غير محرم؛ لأنه من الجائز أنه أنثى، فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهما، وذلك حرام. (كفاية)

(٣) توقّي: پرهيز كردن وخود را نگاه داشتن از چيزى.

(٤) ذكرها على سبيل التفريع، وهي من مسائل "الأصل". (عن)

(٥) قوله: "يكره له إلخ" فإن المرأة في إحرامها يلزمها لبس المخيط، ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرداء، فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة، فتوقف فيه، وقال: لا علم لي به. (كفاية)

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "أفحش إلخ" لأن لبس المخيط للرجل في إحرامه جائز عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعذار، وأما ترك الستر للمرأة، فغير جائز في حال من الأحوال، ولبس المخيط أقرب إلى الستر، ومبنى حال المرأة على الستر، كما في غير حالة الإحرام. (كفاية)

(٨) الواو حالية.

(٩) ذكرها على سبيل التفريع.

(١٠) الخطاب إلى الزوجة أو إلى الأمة.

(١١) أي الطلاق، أو العتاق.

(١٢) قوله: "لأن الحنث إلخ" وذلك لأن المعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة، ومع الإشكال لا يتيقن بوجود الشرط، وهذا نظير ما لو قال: إن لم أدخل دار فلان، فعبده حر، ثم مات، ولم يعلم أدخل، أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى، فكذلك ههنا. (عن)

(١٣) يعني أن الحنث لا يثبت بالشك.

(١٤) قوله: "وإن قال القولين إلخ" يعني إذا قال: كل عبد لي حر، وكل أمة لي حرة، يعتق المملوك الخنثى؛ لأنه إما

للتيقن بأحد الوصفين؛ لأنه ليس بمهمل[١]، وإن قال الخنثى[٢]: أنا رجل، أو امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا؛ لأنه دعوى يخالف قضية الدليل[٣].

وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله[٤]؛ لأنه أعلم[٥] بحاله من غيره، وإن مات[٦] قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل[٧]، ولا امرأة؛ لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء[٨]، فيتوقى لاحتمال الحرمة، ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل[٩]. ولا يحضر إن كان مراهقًا غسل رجل، ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر، أو أنثى، وإن سجّي[١٠] قبره، فهو أحب؛ لأنه إن كان أنثى نقيم واجبًا، وإن كان ذكرًا، فالتسجية لا تضره[١١]. وإذا مات[١٢]، فصلي عليه، وعلي رجل وامرأة وُضع الرجل[١٣] مما يلي الإمام، والخنثى خلفه. والمرأة خلف الخنثى، فيؤخر عن الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة،

أن يكون ذكرًا في الواقع، أو أنثى، فأيًا ما كان يعتق بأحد اليمينين. (عن)

(١٥) المملوك الخنثى.

(١) أي ليس في الواقع خاليًا عن أحد الأمرين. (ع)

(٢) ذكره على سبيل التفريع.

(٣) لأن الدليل يقتضي بقاء الإشكال. (ع)

(٤) قوله: "ينبغي [أي إن لم يظهر تعارض العلامات. ك] إلخ" إنما قال: بلفظ ينبغي؛ لأن حكمه غير مذكور، فلم يتيقن به. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه أعلم إلخ" فالإنسان أمين في حقه نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال. (ك)

(٦) ذكره على سبيل التفريع. (عن)

(٧) قوله: "لم يغسله إلخ" لا يقال: كيف لا يشترى جارية تغسله، كما تشترى لختانه جارية؛ لأنا نقول: لا فائدة في شراء الجارية بعد الموت؛ لأنها لا تدخل في ملكه؛ لأن الموت يناقي المالكية، فتبقى الجارية المشتراة أجنبية عنه، بخلاف الجارية المشتراة في حالة الحياة؛ لأنها تدخل في ملكه، فحصل الفرق. (عن)

(٨) قوله: "غير ثابت إلخ" أي غسل الرجل المرأة، وغسل المرأة الرجل غير ثابت، وذلك لأن النظر إلى العورة حرام، وبالموت لا ينكشف هذه الحرمة، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف، ولأجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل، والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته، فإذا كان مشكلا لا يوجد له جنس؛ إذ لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو النساء، فيتعذر غسله لانعدام من يغسله، وهو نظير امرأة تموت بين الرجال، ليس معهم امرأة، فإنها تيمم بالصعيد. (ك)

(٩) قوله: "ويتيمم بالصعيد إلخ" مع الخرقة إن تيمم الأجنبي، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت، وينظر المتيمم على وجهه، ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة. (ع)

(١٠) تسجية: پوشيدن عام.

(١١) قوله: "لا تضره" لأنه لا بأس بأن يسجى قبره عند العذر كالحر والبرد والمطر، واشتباه حاله أبلغ من ذلك. (عن)

(١٢) ذكره تفريعًا أيضًا. (عن)

(١٣) قوله: "وضع إلخ" وإنما يفعل كذلك اعتباراً بحالة الحياة؛ لأنه يقوم في الصلاة بين صف الرجال والنساء، فكذلك في الممات. (غاية البيان)

ويقدم على المرأة؛ لاحتمال أنه رجل.

ولو دفن[١] مع رجل في قبر واحد من عذر، جعل الخنثى[٢] خلف الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة، ويُجعل بينهما حاجزٌ من صعيد[٣]، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى؛ لاحتمال أنه رجل. وإن كان يجعل[٤] على السرير نَعشُ المرأة[٥]، فهو أحبّ إليّ؛ لاحتمال أنه عورة[٦]. ويكفّن[٧] كما تكفّن الجارية، وهو أحبّ إليّ يعنى يكفّن في خمسة أثواب؛ لأنه إذا كان أنثى، فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكراً، فقد زادوا على الثلاث، ولا بأس بذلك[٨].

ولو مات أبوه، وخلف ابنا، فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثًا للابن سهمان، وللخنثى سهم، وهو أنثى[٩] عنده[١٠] في الميراث إلا أن يتبيّن[١١] غير ذلك[١٢]. وقالا[١٣]: للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي، واختلفوا في قياس قوله[١٤].

(١) ذكره أيضًا تفريعًا. (عن)

(٢) قوله: "جعل إلخ" يعني يقدم الرجال إلى جانب القبلة؛ لأن جهتها أشرف، فالرجل بالتقريب إليه أولى، وقد جاء في الحديث أنه عليه السلام أمر بتقديم أكثرهم أخذا للقرآن إلى جانب القبلة. (ع)

(٣) ليصير ذلك في حكم قبرين.

(٤) ذكره تفريعًا. (عن)

(٥) قوله: "نعش المرأة" النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة، إذا وضعت على الجنازة، وقد تقدم في الصلاة في حديث فاطمة رضي الله عنها سجّي قبرها بثوب، ونعش على جنازتها أي اتخذ لها نعش. (مغرب)

(٦) عورة -بالفتح- هر چه از نمودن وديدن آن شرم آيد. (من)

(٧) ذكرت على سبيل التفريع. (عن)

(٨) قوله: "ولا بأس بذلك" لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاث في الكفن للرجل لا يضره، كما في حال الحياة، فإن للرجل أن يلبس حال حياته الزيادة على الثلاث، وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاث ترك السنة، فإن السنة في كفن المرأة أن تكون خمسة أثواب، فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا. (ك)

(٩) وعليه الفتوى. (ك)

(١٠) إمام أعظم.

(١١) قوله: "إلا أن يتبين إلخ" استثناء من قوله: وهو أنثى عنده في الميراث يعني أن الخنثى يعتبر أنثى في الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله إلا إذا تبين غير كونه أنثى، بأن يظهر فيه إحدى علامات المذكورة بلا تعارض، فحينئذ يعتبر ذكراً. (عن)

(١٢) أي غير كونه أنثى، وهو كونه ابنا. (ك)

(١٣) قوله: "وقالا: للخنثى إلخ" هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب؛ لأن محمد مع أبي حنيفة في عامة الروايات، ويحتمل أن يراد أنهما، قالا: على قياس قول الشعبي: للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى. (ك)

(١٤) قوله: "واختلفوا إلخ" ثم التفاوت بين تخريجهما أن على تخريج قول أبي يوسف ما كان يصيب الخنثى أكثر مما يصيبه على قول محمد، فإن ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثنى عشر؛ لأنا لو زدنا نصف سبع على ثلاثة أسباع

قال محمد: المال بينهما على اثنى عشر سهمًا للابن سبعة، وللخنثى خمسة.

وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة؛ لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد[١]، والخنثى ثلاثة الأرباع[٢]، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقّيهما هذا[٣] يضرب[٤] بثلاثة، وذلك[٥] يضرب بأربعة، فيكون سبعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما[٦] نصفين، وإن كان أنثى يكون[٧] المال بينهما أثلاثًا، احتجنا[٨] إلى حساب له نصف وثلث، وأقلّ ذلك ستة. ففي حالِ المالُ يكون بينهما نصفين لكلّ واحد منهما ثلاثة، وفي حالِ أثلاثًا للخنثى سهمان، وللابن أربعة، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد فينصّف، فيكون له سهمان ونصف فانكسر، فأضعف ليزول الكسر، فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة، وللابن سبعة.

ولأبي حنيفة أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداءً[٩]، والأقلّ وهو ميراث الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك، فأثبتنا المتيقن به قصراً عليه؛ لأن المال لا يجب بالشك. وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسببٍ آخر، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن به، كذا هذا إلا[١٠] أن يكون نصيبه[١١] الأقل لو قدرناه[١٢] ذكرا، فحينئذٍ

يصير نصف المال، والخمسة لا يصير نصف المال إلا بزيادة سهم من أثنى عشر، وهو نصف السدس أكثر من نصف السبع، فثبت أن ما قاله أبو يوسف: أنفع للخنثى. (كفاية)

(١) عن وارث آخر.

(٢) قوله: "والخنثى [يستحق] ثلاثة الأرباع" الخنثى في حال ابن، وفي حال بنت، وللبنت في الميراث نصف الابن، فيجعل له نصف كل الحال، فيكون له ثلاثة أرباع نصيب الابن، فيضرب مخرج الربع، وهو أربعه في سهم، وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة، فللخنثى ثلاثة، وللابن أربعة. (ع)

(٣) أي الخنثى.

(٤) يأخذ.

(٥) أي الابن.

(٦) أي الخنثى والابن.

(٧) وللخنثى الثلث.

(٨) لأنه يكون له النصف والثلث.

(٩) قوله: "أن الحاجة ههنا إلخ" لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة، والأنوثة فإنه ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث، فإن سببه القرابة، وهو معلوم، وإنما الكلام في استحقاق المقدار، وسببه الذكورة والأنوثة؛ ولا شيء منهما بمتيقن فيه، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع، فلا بد من البناء على المتيقن، والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن، فأوجبناه، كما إذا كان إثباته بطريق آخر، فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلا أن يقوم الدليل على الزائد، فإن من قال: لفلان على دراهم يحكم بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد؛ لكون الأول متيقنًا به دون الزائد. (ع)

(١٠) استثناء من قوله: وهو ميراث الأنثى. (عناية)

يعطى[١] نصيب الابن في تلك الصورة؛ لكونه متيقنا به، وهو أن يكون الورثة زوجًا[٢] وأمًا وأختًا لأب وأم هي خنثى، أو امرأة[٣] وأخوين لأم، وأختًا لأب وأم هي خنثى، فعندنا في الأولى للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، والباقي للخنثى؛ لأنه أقلّ النصيبين فيهما، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتى[٤]

قال[٥]: وإذا قرئ على الأخرس كتابُ وصيته، فقيل له: أنشهد عليك بما في هذا الكتاب، فأومئ برأسه، أي نعم، أو كتب، فإذا جاء من ذلك[٦] ما يعرف أنه إقرار، فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يُعتَقَل لسانه[٧].

وقال الشافعي: يجوز في الوجهين[٨]؛ لأن المجوّز إنما هو العَجز، وقد شمل الفصلين، ولا فرق بين الأصلي[٩] والعارضي[١٠] كالوحشي والمتوحش من

---

(١١) خنثى.

(١٢) الخنثى.

(١) قوله: "فحينئذٍ إلخ" ولو ماتت امرأة، وتركت زوجا وأختا لأب وأم، وخنثى لأب، فللزوج النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى؛ لأن أسوأ حاله أن يكون ذكرًا؛ لأنه لو جعل ذكرًا لا يصيبه شيء، ولو جعل أنثى لكان له سدس، وتعول المسألة، فيجعل ذكرًا. (ك)

(٢) قوله: "وهو أن يكون الورثة زوجا إلخ" فللزوج النصف، وللأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى أنثى يكون لها النصف، فتعول المسألة إلى ثمانية، ولو قدرنا، ذكرا يكون له الباقي من الستة، وهو السدس، فيعطى السدس؛ لأنه أقل من النصف. (عن)

(٣) قوله: "أو امرأة وأخوين إلخ" أصل المسألة من اثنى عشر، فللمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى ذكرا، يكون له الباقي، وهو الخمسة، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف، وهو ستة، فتعول: المسألة إلى ثلاثة عشر، فيعطى الخمسة؛ لأنها أقل من الستة. (غاية البيان)

(٤) قوله: "مسائل شتى" أو مسائل متفرقة هذا من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه. (ف)

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) قوله: "فإذا جاء من ذلك" أي إذا جاء من الإيماء والكتابة ما يعرف أنه إقرار، فهو يكون وصية، وإنما قيد بقوله: ما يعرف أنه إقرار؛ لأنه ما يجيء من الأخرس، ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار، كما إذا حرك رأسه عرضًا مثلا.

والثاني: ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار، كما إذا حرك رأسه طولا، إذا كان ذلك معهودًا منه في نعم. (ك)

(٧) قوله: "يعتقل [اعتقال بند كردن كسى را. تاج المصادر] لسانه" على بناء المجهول يقال: اعتقل لسانه بضم التاء إذا احتبست عن الكلام، وقد يقدر عليه. (عناية)

(٨) أي في الأخرس، ومعتقل اللسان.

(٩) كما في الأخرس.

الأهلي[١] في حق الذكاة.

والفرق[٢] لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومةً، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد[٣] ذلك[٤]، وصارت له إشارات معلومة. قالوا: هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط[٥] جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس، فلا تفريط منه، ولأن العارضي على شَرَف الزوال دون الأصلي، فلا ينقاسان، وفي الآبدة[٦] عرفناه بالنص.

قال[٧]: وإذا كان الأخرس يكتب كتابًا، أو يومئ إيماءً يعرف به، فإنه يجوز نكاحه، وطلاقه، وعتاقه، وبيعه، وشراءه، ويقتص له، ومنه ولا يحدّ[٨]، ولا يحدّ له. أما الكتابة، فلأنها ممن نأى[٩] بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أن النبي عليه السلام أدّى واجب التبليغ مرة بالعبارة، وتارةً بالكتابة إلى الغُيَّبِ*، والمُجوِّز

---

(١٠) كما في معتقل اللسان.

(١) قوله: "كالوحشي والمتوحش من الأهلي" أي ما توحش من النعم، فذكاته العقر والجرح كالوحشي الأصلي، ولم يفصل بين الأصلي والعارضي، فكذا ههنا. (كفاية)

(٢) بين الأخرس ومعتقل اللسان.

(٣) قوله: "حتي لو امتد إلخ" وحد الامتداد سنة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت، يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس، قالوا: وعليه الفتوى، كذا ذكره الإمام المحبوبي. (ك)

(٤) أي اعتقال اللسان.

(٥) قوله: "ولأن التفريط [تقصير] إلخ" أقول: لا يذهب عليك أن هذا التعليق يقتضي أن لا يجوز إشارة معتقل اللسان، ولو امتد اعتقاله؛ لأن تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضًا مع أنهم قالوا: إن هذا بمنزلة الأخرس في الحكم، كما صرح به المصنف فيما قبل. (نت)

(٦) قوله: "وفي الآبدة [وحشي] إلخ" جواب عن قول الشافعي: كالوحشي والمتوحش الأهلي، وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرًا من أهل الصدقات ند، فرماه رجل بسهم وسمى فقتله، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن لها أوابد كأوابد الوحش فإن فعلت شيئًا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه»، كذا ذكره في صيد "المبسوط". (ك)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير".

(٨) قوله: "ولا يحدّ [أي حد القذف خاصة إذا كان مقذوفًا]" أي حد كان فيتناول جميع الأنواع أي لا يحد الأخرس إذا كان قاذفًا بالإشارة، أو الكتابة، وكذا إذا أقر بالزنا، أو السرقة، أو الشرب؛ لأن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة. (ك)

(٩) قوله: "فلأنها ممن نأى [أي بعد] إلخ" أقول: فيه شيء، فإن المدعى أن كتاب الأخرس حجة فيما سوى الحدود، وهذا الدليل يدل على أنه حجة في الحدود أيضًا، فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر لم يكن حجة ضرورية، فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضًا، كما كان النطق حجة فيها أيضًا. (نت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٧، والدراية ج٢ ص٢٩٥ تحت الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

في حق الغائب العجز، وهو في الأخرس أظهر وألزم[١].

ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين[٢] مرسوم[٣]، وهو بمنزلة النطق في الغائب، والحاضر على ما قالوا، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار، وأوراق الأشجار، وينوى[٤] فيه؛ لأنه بمنزلة[٥] صريح الكناية[٦]، فلا بد من النية، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة، فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام[٧] للحاجة إلى ذلك؛ لأنها من حقوق العباد[٨]، ولا تختص بلفظ دون لفظ[٩]، وقد تثبت بدون اللفظ[١٠]. والقصاص حق العبد أيضًا، ولا حاجة إلى الحدود؛ لأنها حق الله تعالى، ولأنها تندرئ بالشبهات، ولعله[١١] كان مصدقا للقاذف، فلا يحد للشبهة، ولا يحد أيضًا بالإشارة في القذف؛ لانعدام القذف صريحًا، وهو الشرط[١٢]. ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة، ألا ترى

---

(١) قوله: "أظهر وألزم" وذلك لأن الظاهر من حال الغائب أنه يحضر، وأما الأخرس، فالظاهر من حاله أنه لا يزول خرسه، فلما قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء النطق بالحضور، فلأن تقبل في حق الأخرس أولى. (ك)

(٢) قوله: "مستبين" احتراز عن الغير المستبين، وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم أي معنون أي مصدر بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان. (ك)

(٣) أي معهود كالكتابة المعهودة في زماننا على القراطيس.

(٤) أي يطلب منه النية، تنويه سپردن كارى بر نيت ديگرى. (من)

(٥) قوله: "لأنه بمنزلة إلخ" أي بمنزلة كناية قولية، أما لكتابة، فهي ليست بصريح الكناية، لأنها فعل، والكناية في الحقيقة إنما يكون في القول، وذكر الإمام التمرتاشي، وإذا كتب مستبينا لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار، أو على التراب، أو على الكاغذ، لاعلى وجه الرسم، كان لغوا، لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا، فلا يكون حجة إلا بالبينة والبيان. (ك)

(٦) أي الكناية القولية كقوله: أنت بائن وأمثاله. (عناية)

(٧) أي النكاح وغيره.

(٨) قوله: "لأنها [أي هذه الأحكام] من حقوق إلخ" أقول: لقائل أن يقول من هذه الأحكام: الطلاق على ما صرح به في موضع المسألة، وهو من حقوق الله تعالى؛ لأن فيه تحريم الفرج، وهو حق الله تعالى، ولهذا لم يشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق، ولا بد في كون الإشارة حجة من أن يكون الحكم في حقوق العباد فقط، أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله كالقصاص، لا مما غلب فيه حق الله على حق العبد كحد القذف، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع. (نت)

(٩) قوله: "ولا تختص إلخ" فإنه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره. (عناية)

(١٠) قوله: "وقد تثبت بدون اللفظ [أي بفعل يدل على القول كالتعاطي]" كما في بيع التعاطي، ونكاح الفضولي مع القدرة على التكلم، فلأن يثبت ههنا، والعجز متحقق أولى. (كفاية)

(١١) الأخرس.

(١٢) أي القذف صريحًا.

لو شهدوا بالوطء الحرام، أو أقرّ بالوطء الحرام لا يجب[١] الحد[٢].

ولو شهدوا بالقتل المطلق، أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن[٣] لم يوجد[٤] لفظ التعمد، وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية؛ لأنه شرع جابراً، فجاز[٥] أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد. أمّا الحدود الخالصة لله تعالى[٦] شرعت زواجر، وليس فيها معنى العوضية، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار[٧] أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك[٨]، فيكون فيهما[٩] روايتان. ويحتمل أن يكون[١٠] مفارقًا لذلك[١١]؛ لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة؛ لقيام أهلية النطق، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرةٌ وإن[١٢] كان[١٣] قادراً على الكتابة.

بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة؛ لأنه حجة ضرورية، ولا ضرورة[١٤]؛ لأنه جمع ههنا بينهما[١٥]، فقال: أشار أو

---

(١) يعم أن الوطء الحرام مطلقًا إنما هو الزناء. (ك)

(٢) للشبهة.

(٣) الواو وصلية.

(٤) أي في الشهادة والإقرار.

(٥) قوله: "فجاز أن يثبت إلخ" أقول: إنه مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواضع من هذا الكتاب من أن القصاص أيضًا تندرئ بالشبهة، كما قد مر في كتاب الشهادة، وكتاب الكفالة وكتاب الدعوى، فتأمل. (عبد الحليم)

(٦) قوله: "أمّا الحدود الخالصة إلخ" قيد الخالصة مخل هناك، فإن حد القذف غير خالص لله تعالى، بل فيه حق الله تعالى، وحق العبد كما صرحوا مع أنه أيضًا زاجر لا يثبت بالشبهة لا يكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضًا، كما صرح به فيما مر، فلا يتم التقريب بالنظر إليه. (نت)

(٧) من "المبسوط".

(٨) قوله: "كذلك" أي لا يكون الكتابة حجة في حق الأخرس. (ك)

(٩) قوله: "فيهما" أي في الأخرس والغائب غير الأخرس. (ك)

(١٠) الأخرس.

(١١) الغائب.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) الأخرس.

(١٤) أي مع القدرة على الكتابة.

(١٥) قوله: "لأنه [محمد] جمع ههنا [أي بين بكلمة الاستواء في "الجامع الصغير"] بينهما [أي بين الإشارة والكتابة]" يتعلق بقوله: بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا، فيكون دليل كونه مخالفًا لما توهمه البعض. (ك)

كتب، وإنما استويا[١]؛ لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيادة بيان[٢] لم يوجد في الإشارة، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة؛ لما أنه أقرب إلى النطق[٣] من آثار الأقلام فاستويا.

وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارض[٤]؛ لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل: هذا[٥] تفسير لمعتقل اللسان. قال[٦]: وإذا كان الغنم مذبوحة، وفيها ميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل[٧]، وإن كانت الميتة أكثر، أو كانا نصفين لم يؤكل، وهذا إذا كانت الحالة[٨] حالة الاختيار. وأما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك[٩]؛ لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة، فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى؛ لأنه[١٠] طريق يوصله إلى الذكية في الجملة، فلا يتركه[١١] من غير ضرورة. وقال الشافعي: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن[١٢] كانت المذبوحة أكثر؛ لأن التحري دليل ضروري، فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة؛ لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغضوب، ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب، وهذا لأن

---

(١) أي الإشارة والكتابة.

(٢) قوله: "زيادة بيان" لأنه يفهم منه المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة، فإن فيها نوع إبهام. (عناية)

(٣) قوله: "لما أنه أقرب إلخ" أي الإشارة أقرب إلى الكلام من الكتابة؛ لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام، وهي منفصلة عن المتكلم، وأما العلم الحاصل بالإشارة حاصل بما هو متصل بالمتكلم، وهو إشارة بيده، أو برأسه، فكان المتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل منه، فكان الاعتبار لما هو أقرب إلى الموضوع للبيان أولى. (ك)

(٤) قوله: "وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارض" أي لا يجوز إقراره، بأن أومئ برأسه أي نعم، أو كتب، وهو معطوف على قوله: ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه. (ك)

(٥) أي الذي صمت يوما أو يومين.

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) قوله: "تحرى فيها وأكل" وهذا بخلاف الثياب، فإنه يتحرى فيها بكل حال، سواء كانت الغلبة للطاهر، أو للنجس، أو استويا، وهذا لأن حكم الثياب أخف، ولهذا لو لم يكن معه إلا ثوب واحد، وربعه طاهر، يصلي فيه بالإجماع، وإن كانت ثلاثة أرباعه نجساً، وأما إذا كان الطاهر أقل من الربع، فكذلك عند محمد، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يتخير بين أن يصلي عريانا قاعدا بالإيماء، فلما جازت الصلاة في ثوب نجس حالة الضرورة، فلأن يجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى. (كفاية)

(٨) أي بأن يجد ذكية بيقين.

(٩) أي الكثرة والقلة والمساواة.

(١٠) التحري.

(١١) تحري.

(١٢) الواو وصلية.

القليل لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يستطاع الامتناع عنه، فسقط اعتباره؛ دفعاً للحرج كقليل النجاسة، وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين، أو كانت الميتة أغلب؛ لأنه لا ضرورة فيه[١].

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

* * * * * *

خاتمة الطّبع

حمدا لمن منه الهداية، وصلاة على من هو لعطشان الهداية سقاية، وعلى آله وصحبه أرباب الدراية، أما بعد: فيقول المفتقر إلى رحمة ربه القوى أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوى: إن "الهداية شرح البداية" كتاب يهتدي به الطلبة، ويعتمد على رواياته الكملة لم يأتِ فقيه يعد مصنفه إلا اعتمد عليه، ولم يجئ نبيهٌ بعده إلا استند إليه، ومن ثم تراهم يتداولونها بأيديهم خصوصًا النصف الأخير منه، ويتدارسونه فيما بينهم.

ولما رأى الوالد العلام والأستاذ القمقام مولانا محمد عبد الحليم[٢] أدخله الله دار السلام أن الناس فى تحصيله كالحيارى فى الصحارى، تراهم فى درسه وتدريسه؛ لكونه مشتملا على جواهر نفيسة تحت عباراته، ودقائق لطيفة تحا إشاراته سكارى، وما هم بسكارى توجه إلى تصحيحه وتحشيته فصحح، أو لا نسخة بمقابلة سبعة من النسخ المطبوعة والمكتوبة عمدتها نسخة لم تزل مهبطًا لأنظار العلماء، ومنظراً لأبصار الفضلاء منهم مولانا المرحوم الشيخ عبد الحليم الأنصارى اللكنوى، ومنهم ابنه أبو[٣] جد جد[٤] جد[٥] أبى أستاذ الأساتذة مولانا قطب الدين[٦]، ومنهم ابنه سند الكاملين مولانا نظام الدين[٧]، ومنهم أبو جد[٨] جدى مولانا المرحوم

---

(١) لا حقيقةً؛ لأن الحالة حالة الاختيار، ولا حكمًا لعدم غلبة الذكية.

(٢) كانت ولادته سنة تسع وثلاثين بعد الألف والاثنين من الهجرة فى الوطن الأصلى المعروف بلكنو، ووفاته فى حيدرآباد من بلاد الذكن فى تاريخ تسع وعشرين من شعبان يوم الاثنين سنة خمس وثمانين، كان جامع للعوم العقلية والنقلية، وحاويا للفنون الفرعية والأصلية، ولم يزل فى عمره مشتغلا بالتدريس والتصنيف، وقد بسطت الكلام فى ترجمته من مبدأ عمره إلى منتهاه فى رسالته سميتها "حسرة العالم بوفاة مرجّم العالم". (منه سلمه)

(٣) أى مولانا أحمد سعيد.

(٤) أى مولانا محمد أكبر.

(٥) أى مولانا محمد يعقوب.

(٦) كان له تصانيف: منها: حاشية شرح العقائد العضدية، ومنها: حاشية التلويح، وحاشية شرح عقائد النسفي، وحاشية المطول، ورسالة فى تحقيق دار الحرب أكثرها أحرقت فى فتنة قتله، كذا فى "البحر الزخار"، و"عمدة الوسائل" وغيرهما. (منه)

(٧) هو عالم خبير وفاضل نحرير ختم تحصيله فى حوزة درس الشيخ غلام نقشبند، وانتهت إليه رياسة العلم فى الفورب، ولبس الخرقة عن السيد عبد الرزاق البانسوى المتوفى سنة ست وثلاثين ومائة وألف، وأخذ الفيوض الكثيرة عن

المفتي محمد ولي، ومنهم ابنه مولانا محمد ظهور الله رحمهما الله[١]، ومنهم حفيده جدى مولانا محمد أمين الله[٢]. ثم زينها بالحواشي المفيدة، والتعليقات اللطيفة، والتي استمد بها في التحشية بين الحواشي والشروح "النهاية"[٣] ورمزها ن، و "الكفاية"[٤] وزمرها ك، و "الحميدي"[٥] ورمزها حميدية، و "معراج الدراية"[٦] "نهاية الكفاية"[٧] و "غاية البيان"[٨] ورمزها غن، و "العناية"[٩] ورمزها ع، و "البناية"[١٠] ورمزها عيني، و "فتح القدير"[١١] ورمزها ف، و "نتائج الأفكار"[١٢] ورمزها نت، وربما يكتب نتائج، و "نصب الراية لأحاديث الهداية"[١٣] ورمزها ت، وربما يكتب زيلعي[١٤]، وحاشية الشيخ عبد السلام[١٥] ورمزها أعظمي، وحاشية السيد مير جان الحيدرآبادي[١٦] ورمزها س، وترجمة الهداية باللغة الفارسية ورمزها ترجمة وغيرها.

السيد إسماعيل البلگرامي المتوفي سنة أربع وستين، وأنا دخلت لكنو في سنة ثمان وأربعين، واجتمعت به فوجدته على طريقة السلف، توفي في التاسع من جمادى الأولى سنة إحدى وستين ومائة وألف، ومن تأليفاته: حاشية على شرح هداية الحكمة للصدر، أو شرح المسلم وغيره. (سبحة المرجان)

(٨) المراد أبو الأم وهو مولانا محمد ظهور الله.

(١) توفي في سنة ست وخمسين بعد الألف والمائتين.

(٢) توفي سنة ثلاث وخمسين بعد الألف والمائتين.

(٣) مولانا حسام الدين بن على السغناقي المتوفى سنة عشرة وسبع مائة. (كشف الظنون)

(٤) للسيد جلال الدين الخوارزمي على الصحيح، وقيل: هو لصاحب الوقاية، ولا صحة له.

(٥) قيل: أول من شرح الهداية حميد الدين على بن محمد الضرير البخاري المتوفي ٦٦٧ في جزءين يسمي بـ"الفوائد". (كشف)

(٦) شيخ قوام الدين محمد بن محمد البخاري الكاكي المتوفى ,٧٤٩ (كشف)

(٧) للشيخ تاج الشريعة عمر بن صدر الشريعة الأول عبيد الله المحبوبي. (كشف)

(٨) للشيخ قوام الدين الاتقاقي أمير كاتب بن أمير المتوفى ,٧٥٠ (كشف)

(٩) للشيخ أكمل الدين البابرتي محمد بن المحمود المتوفى ,٧٨٦ (كشف)

(١٠) للقاضي بدر الدين محمود بن أحمد العيني المتوفى ,٨٥٥

(١١) للشيخ الإمام كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي المعروف بـ"ابن الهمام" المتوفى ,٨٦١ (كشف)

(١٢) لزين الدين محمد آفندى المتوفى ,٩١٣ (كشف)

(١٣) للشيخ جمال الدين بن يوسف الزيلعي المتوفى ٧٦٢، كذا بخط السخاوي، ولخصه الشيخ ابن حجر العسقلاني، وسماه الدراية. (كشف)

(١٤) هذا ليس الزيلعي شارح "الكنز"، كما يتوهم من اتحاد النسبة، بل هو غيره.

(١٥) هو من أحفاد الشيخ أحمد بن أعظم زائر البيت الحرام الملقب بـ"الأعظم الثاني"، كان فاضلا جيدا له تصانيف، منها: حاشية التلويح، وحاشية الخيالي، وشرح المنار، وحاشية البيضاوي، وحاشية التحقيق، وشرح التهذيب، وحواشي شرح الصحائف وغيرها، وكانت وفاته في ,١٠٤٢ (من)

(١٦) هو تلميذ السيد غلام نور من أفاضل الدكن المتوفى ١١٨٩، له حاشيتان على شرح الچغميني، وحاشية على الحاشية الزاهدية للرسالة القطبية أيضاً وغيرها.

ومن التفاسير "معالم التنزيل"[(١)] و "الجلالين"[(٢)] وغيرهما.

ومن الكتب الفقهية الأخر "شرح الوقاية"[(٣)] و "ذخيرة العقبى"[(٤)] ورمزها چلپى[(٥)]، و "شرح النقاية" لعلى القارئ[(٦)]، و "جامع الرموز"[(٧)] و "مجمع الأنهار"[(٨)] و "الدر المختار"[(٩)] و "رد المحتار" و "الدرر"[(١٠)] و "الكافى"[(١١)] ورمزها كف، و "مختصر الطحاوى، وشرح للإمام الإسبيجابى[(١٢)]، و "مختصر الكرخى" ورمزها مخ، و "تبيين الحقائق"[(١٣)] و "ترجمة شرح الوقاية" ورمزها تر، و "المصفى"[(١٤)] و "الفصول العمادية"[(١٥)] و "فتاوى قاضى خان"[(١٦)] و "العالمكيرية" و

---

(١) قوله: "للإمام محي الدين أبي محمد حسين بن مسعود والبغوى الشافعي المتوفى ٥١٦. (كشف)

(٢) قال في "كشف الظنون": هو العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلى الشافعي المتوفى ٨٦٤ من أوله إلى آخر سورة الإسراء، ولما مات كمله الشيخ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى ٩١١، كتب تتمة على نمطه، وكان المحلى لم يفسر الفاتحة، وفسر السيوطى تفسيراً مناسباً، وقال بعض العلماء من أهل اليمن: عددت حروف القرآن وتفسير الجلالين، فوجدتها متساويين إلى سورة المزمل، ومن سورة المدثر التفسير زائد، انتهى كلامه، أقول: هذا خطأ فاحش صدر عن صاحب "كشف الظنون"، فإنه ظن أن المحلى فسر من الأول إلى سورة الإسراء، وأكمله السيوطى، وليس كذلك، فإن السيوطى في تفسير النصف الأول ينقل عن تفسير الآخر للمحلى، وينسبه إليه بقوله: ذكره الشيخ في تفسير سورة فاتحة، وهو نص في أن تفسير الآخر للمحلى، لا الأول، كيف لا؟ والسيوطى تلميذ للمحلى كما صرح هو في كتابه عن المحاضرة، لا أن المحلى تلميذ السيوطى، والذى أوقعه في الخطأ هو قول السيوطى في تفسيره بعد الحمد والصلاة، وبعد: فهذا ما اشتدت إليه حاجة الراغبين في تكملة تفسير القرآن الذى ألف الإمام العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلى، وتتميم ما فاز، وهو من أول سورة البقر إلى آخر سورة الإسراء إلخ، فظن صاحب "كشف الظنون" أن ضمير هو راجع إلى تفسير المحلى، وليس كذلك، بل هو راجع إلى ما اشتدت. (من)

(٣) للإمام صدر الشريعة الثاني عبد الله بن مسعود المحبوبي الحنفي المتوفى ٧٤٨ هجرى. (كشف)

(٤) للمولى يوسف بن جنيد المعروف بـ"أخى الچلپى" بدأ فيها في ٨٩١ هجرى. (كشف)

(٥) هو من تلامذة ملا خسرو صاحب "الدرر".

(٦) المتوفى ١٠١٤.

(٧) للمولى شمس الدين محمد الخراساني القهستاني نزيل بخارا بالمتوفى في حدود ٩٦٢، وقال المولى عصام الدين في حقه: إنه لم يكن من تلامذة شيخ الإسلام، وإنما كان دلال الكتب في زمانه، ولا كان يعرف الفقه، ولا غيره، ويؤيده أنه يجمع في شرحه هذا بين الغث والسمين، والصحيح والضعيف من غير تحقيق. (كشف)

(٨) شيخى زاده قاضى القضاة بالروم عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المتوفى ١٠٨٧ هجرى. (كشف)

(٩) للشيخ علاء الدين محمد بن على بن محمد بن على بن عبد الرحمن بن محمد جمال الدين ابن حسن الدمشقى المعروف بـ"الحصكفى" المتوفى ١٠٨٨هـ. (خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادى عشر)

(١٠) للفاضل محمد بن فراموز الشهير بـ"ملا خسرو" المتوفى ٥٨٥ هو شرح لمتنه "الغرر". (كشف)

(١١) قوله: هو شرح للوافى كلاهما لأبى البركات عبد الله بن أحمد حافظ عماد الدين النسفى المتوفى ٧١٠هـ. (كشف)

(١٢) المتوفى ٢٤٠. (كشف)

(١٣) لفخر الدين الزيلعى أبو محمد عثمان بن على المتوفى ٧٤٣ هجرى. (كشف)

(١٤) وقد يسمى بالمنافع، كصاحب الكافى والوافى كما في "كشف الظنون".

(١٥) لجمال الدين بن عماد الدين، وقيل: هو أبو الفتح عبد الرحيم بن أبى بكر عبد الجليل المرغينانى السمرقندى، كما ذكره في آخر كتابه، وقال: نخير في أواخر شعبان ٦٥١ هجرى. (كشف)

"مجمع البركات" و "منح الغفار"(١) وغيرها.

ومن كتب الأصول "قمر الأقمار" وغيره.

ومن كتب اللغات "المغرب"(٢) و "اصطلاحات السيد الشريف" و "البرهان القاطع" و "تاج اللغات" ورمزه تج، و "غياث اللغات" ورمزه غث، و "تاج المصادر"(٣) ورمزه تاج، و "القاموس"(٤) ورمزه ق، و "منتهى الأرب" ورمزه من، وقلم كتب مب و "المنتخب" ورمزه م، و "الصحاح"(٥) ورمزه ص، و "كنز اللغات" ورمزه ك، وقلما كتب كن، وغيرها.

ثم نسخت منها نسخة، وطبعت في "المطبع العلوى" مرة أولى ١٢٨٢هـ، ثم مرة ثانية في المطبع المصطفائى. ثم أراد المولوى محمد خادم حسين حفظه الله عن موجبات الشين أن تنطبع مرة ثالثة أحسن من المرتين الأوليين مع البراءة عن كل شين، فنظرت أصلها نظرة واحدة، وزدت على ما كان زيادة لا تخلو عن فائدتة، ثم نسخت منها نسخة، وطبعت في المطبع الذى لا يوجد في العالم له نظير هو بين المطابع كالبدر المنير المعروف بـ"المطبع المصطفائى"، ثم طبع فيه مرة رابعة، ولما لم تبقَ نسخة منه عند التجار، والناس مشتاقون إليه، أراد المولوى محمد خادم حسين حفظه الله عن الشين أن تنطبع مرة خامسة، فطبعت في المطبع المصطفائى، وكان ذلك في سنة اثنتين بعد الألف وثلاث مائة من الهجرة النبوية.

***

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العلمين والصلوة والسلام على سيد المرسلين وعلى وآله وأصحابه أجمعين أما بعد: فيقول العبد الأضعف نعيم أشرف نورأحمد وفقنا الله سبحانه وتعالى بفضله لإعادة طبع هذا الكتاب العظيم وخدمته سنة ١٤١٧هـ فأخرجنا هذه الطبعة استمدادا من أحدث أجهزة الكمبيوترفي ثوب جديد بعد أن بالغنا في الجهد لتصحيح نصوص الكتاب وحواشيه وتصميمه وتنسيقه، فجاء بحمد الله كما ترى، فالله المسؤول أن ينفع به الأمة الإسلامية وأن يتقبل منا هذا العمل ويجعله في حسناتنا وحسنات والدنا العالم المجاهد الشيخ نور أحمد رحمه الله مؤسس إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي باكستان آمين يارب العلمين. نعيم اشرف ١٣/ ٩/ ١٤١٧هـ

---

(١٦) هو الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوجندى الفرغانى المتوفى ٥٩٢ هجرى. (كشف)

(١) للشيخ شمس الدين محمد التمرتاشى المتوفى ١٠٠٤، وهو من أنفع كتبه في المذهب. (خلاصة الأثر)

(٢) الإمام أبى الفتح ناصر الدين بن عبد السيد المطرزى المتوفى ٦١٠ هجرى. (كشف)

(٣) لأبى جعفر أحمد بن على المعروف بجعفرك المقرئ البيهقى المتوفى ٥٤٤ هجرى. (كشف الظنون)

(٤) للإمام مجد الدين الشيرازى المتوفى ٨١٧ هجرى. (كشف)

(٥) قيل: اسمه صحاح -بالكسر- جمع صحيح، وقيل: -بالفتح- مصدر، كذا قال الچلبى في "حواشى المطول"، للإمام أبى نصر إسماعيل بن حماد الجوهرى الفارابى المتوفى ٧٨١ هجرى. (كشف)

فهرس الموضوعات

فهارس الهداية

فهرس موضوعات الجزء الأول

كتاب الطهارة

كتاب الصلاة

فهرس موضوعات الجزء الثانى

كتاب الزكاة

فهرس موضوعات الجزء الثالث

فهرس موضوعات الجزء الرابع

فهرس موضوعات الجزء الخامس

فهرس موضوعات الجزء السادس

فهرس موضوعات الجزء السابع

فهرس موضوعات الجزء الثامن